

SÆRLIG UAVHENGIG STILLING

Kandidatnummer: 525

Leveringsfrist: 25.11.2008

Til sammen 17 955 ord

27.11.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av tema	1
1.2	Avgrensning og konkretisering av problemstillingen	2
1.3	Begrepsavklaring	4
1.4	Oversikt over de ulike rettskildene	4
<u>2</u>	<u>BAKGRUNNEN FOR ARBEIDSTIDSREGLER</u>	<u>6</u>
2.1	Hensyn for og mot	6
2.1.1	Hensynet til arbeidstakeren	7
2.1.2	Hensynet til virksomheten	8
2.1.3	Offentligrettslige hensyn	9
2.1.4	Hensynene for å unnta ledende og særlig uavhengig stilling fra den alminnelige arbeidstidsordningen	9
2.2	Anvendelsen av unntaksbestemmelsene i praksis, utredningen foretatt av SENTIO for AID	10
<u>3</u>	<u>SÆRLIG UAVHENGIG STILLING</u>	<u>12</u>
3.1	Historisk perspektiv	12
3.2	Rettsstillingen til arbeidstaker ansatt i særlig uavhengig stilling	13
3.3	Fastleggingen av begrepets innhold	14
3.3.1	Generelt	14
3.3.2	Grensen oppad mot ”ledende stilling”	17
3.3.3	Grensen nedad mot den alminnelige arbeidstaker	20

3.4	Forholdet til EU-retten	37
3.5	Adgang til å avtale andre ordninger, lovens preseptoriske karakter	38
3.6	Kravets størrelse dersom arbeidstakeren får medhold i sitt krav på overtidsbetaling	41
3.6.1	Generelt om brudd på arbeidsmiljøloven	41
3.6.2	Krav som følge av brudd på arbeidsavtalen og arbeidsmiljøloven	41
<u>4</u>	<u>DEPARTEMENTETS BREV AV 20.12.2007, HØRING OM ENDRINGER I AML. § 10-12 (2)</u>	<u>46</u>
4.1	Forslag til endringer	46
4.2	Vurdering av høringen	48
4.2.1	Generelt	48
4.2.2	Vurdering av forslaget	50
4.2.3	Spesielt om alternativ 2	56
4.2.4	Vurdering av overgangsordningen	57
4.2.5	Direktoratet for Arbeidstilsynets vedtakskompetanse, behovet for en uavhengig kontrollinstans	59
<u>5</u>	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	<u>60</u>
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>62</u>
<u>7</u>	<u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u>	<u>A</u>

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema

Arbeidsrettslovgivningen har en lang historie, og har vært gjenstand for en prosess og utvikling helt siden industrialiseringen på 1700- og 1800-tallet. Reguleringen av arbeidstid for voksne arbeidstakere kom først inn i lovverket i 1915, og har vært og er fortsatt et helt sentralt politisk diskusjonstema i utviklingen av det arbeidsrettslige vernet. Utviklingen må sees i lys av endringene i arbeidslivet generelt, men også på bakgrunn av de internasjonale forpliktelser slik som ILO- konvensjoner, Den Europeiske Sosialpakt og EU-direktiver Norge er bundet av gjennom EØS-samarbeidet. Som følge av en samfunns- og teknologisk utvikling, endrer arbeidslivet seg og nye rettsspørsmål oppstår.

Bestemmelsene om arbeidstid finnes i lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17.6.2005 nr. 62 kapittel 10. Kapitlet angir rammer for både når og hvor lenge arbeidstakeren kan arbeide, og legger stor vekt på at arbeidstakers helse, arbeidsmiljø og sikkerhet ivaretas.

For de fleste arbeidstakere passer lovens normalordning godt. Dette gjelder likevel ikke for alle stillinger i alle virksomheter, og loven oppstiller derfor visse unntak fra det alminnelige utgangspunkt. Unntakene begrunnes gjerne med virksomhetens behov for fleksibilitet, arbeidets art og med at de hensyn som begrunner arbeidstidsreglene blir ivaretatt på annen måte.

Oppgaven omhandler aml. § 10-12 (2), som unntar arbeidstakere med ”særlig uavhengig stilling” fra de fleste bestemmelsene i aml. kapittel 10 om arbeidstid. En undersøkelse¹ foretatt av SENTIO AS (nedenfor kalt SENTIO) for Arbeids- og inkluderingsdepartementet (nedenfor kalt AID), viser at flere arbeidstakere unntas fra arbeidstidsbestemmelsene enn det som var lovgivers intensjon. Det samme ante man ved lovrevisjon i 1995 og 2005,² og undersøkelsen ble i gang satt for å få dokumentert bruken av unntaksbestemmelsene bedre. Et nytt lovforslag ble sendt på høring i vinter, og er under behandling. På grunnlag av resultatene fra undersøkelsen og høringsuttalelsene vil det foreligge et nytt lovforslag i mars/april 2009.³ Jeg vil avslutningsvis vurdere lovforslaget, og hvilke endringer dette vil innebære i forhold til gjeldene rett. Da § 10-12 er basert på et EU-direktiv, arbeidstidsdirektivet,⁴ så vil jeg også knytte noen vurderinger opp mot EU-retten.

1.2 Avgrensning og konkretisering av problemstillingen

Problemstillingen for oppgaven er å fastlegge innholdet av begrepet ”særlig uavhengig stilling”, jfr. arbeidsmiljølovens § 10-12 (2), og vurdere dette opp mot det nye lovforslaget.

Unntak fra arbeidstidsbestemmelsene i aml. kapittel 10 finnes i lov, forskrift og tariffavtaler. Oppgaven tar kun for seg det lovbestemte unntaket for arbeidstakere med såkalt ”særlig uavhengig stilling”, jfr. aml. § 10-12 (2).

Det er likevel nødvendig å vurdere samme bestemmelses (1), dvs. unntak for arbeidstakere ansatt i en ”ledende stilling”. Dette fordi begrepet ”særlig uavhengig stilling” avgrenses oppad mot ”ledende stilling”, og fordi begrepene i praksis har vist seg å gli over i

¹ ”Omfang og bruk av bestemmelsene om unntak fra reglene om arbeidstid i arbeidsmiljøloven (2005)”, utredning av SENTIO AS for Arbeids- og inkluderingsdepartementet.

² Ot.prp.nr.50(1993-1994)pkt.1.2 og 2.2, NOU2004:5 pkt.13.5.6, 23.10 merknader til a)

³ Opplyst i Telefonsamtale med AID.

⁴ Arbeidstidsdirektivet, Council Directive 1993/104/EC of 23.11.1993 concerning certain aspects of the organization of working time. Innlemmet i EØS-avtalen 28.6.1996 ved beslutning nr. 42/1996.

hverandre. I mange av Arbeidstilsynets avgjørelser er det vanskelig å se om arbeidstakeren er unntatt fra arbeidstidsbestemmelsene som ”ledende” eller som ”særlig uavhengig”. Dette har nok sin bakgrunn i at både ledende og særlig uavhengig stilling var unntatt etter første ledd alternativ a, jfr. tidl. aml. § 41. Rettspraksis viser også at både 1. og 2. ledd regelmessig påberopes prinsipalt og subsidiært i samme sak, og at retten vurderer de to grunnlagene i sammenheng.⁵ Lederbegrepet benyttes også i større utstrekning enn det øverste ledersjikt som var lovens intensjon.⁶ Mange virksomheter opererer med stillingstittelen ”leder”, selv om stillingen ikke reelt sett kan anses å inneholde lederfunksjoner. Slik unngår virksomheten bevisst eller ubevisst vurderingen av om stillingen kan anses å være ”særlig uavhengig”.⁷ Selskaper som har sin hovedbase i utlandet, f.eks. USA, kan operere med egne stillingstitler hvor arbeidsoppgavene ikke samsvarer med norske forhold.

Oppgaven avgrenses mot arbeidsforhold som er regulert av tariffavtaler, og jeg tar kun for meg lovens ordning. Ulike tariffavtaler opererer med ulike ordninger, slik at det vil bli for vidt for oppgavens rammer å trekke inn disse. Videre avgrenser jeg oppgaven mot statlig ansatte. De er omfattet av den sentrale tariffavtalen for staten, og det gjelder en særlig ordning for dem.⁸ Tema for oppgaven blir da følgelig uorganiserte arbeidstakere med ”særlig uavhengig stilling” i private og kommunale virksomheter.

Under punkt 3.6 redegjør jeg for hva arbeidstakeren kan kreve dersom vedkommende får medhold i sitt krav på overtidsbetaling. Jeg tar kun for meg de sivilrettslige kravene, og avgrenser oppgaven mot foretaksansvaret i strafferetten.

⁵ Se f.eks. LB-2007-101453, saksforholdet redegjort for under pkt.3.3.3.4.

⁶ Ot.prp.nr.41(1975-1976)pkt.5.

⁷ SENTIO del I s.3, siste punkt.

⁸ Tariffrettslig prinsipp, statlige ansatte er også bundet av tjenestemannsloven, men loven inneholder ingen bestemmelse tilsvarende § 10-12(2).

1.3 Begrepsavklaring

Arbeidstid defineres som den tid arbeidstaker står til arbeidsgivers disposisjon til å utføre arbeidsoppgaver etter arbeidsavtalen. *Arbeidsfri* defineres som den tid arbeidstaker ikke står til en slik disposisjon.⁹ *Fritiden* skal arbeidstakeren kunne disponere slik som han eller hun selv ønsker.¹⁰

Den *alminnelige arbeidstid* skal som hovedregel ikke overstige 9 timer per døgn og 40 timer per uke, jfr. § 10-4 (1), men likevel slik at det kan avtales en gjennomsnittsberegning på høyst 52 uker, jfr. § 10-5. Som *overtid* regnes antall timer utover dette. I de tilfeller der en arbeidstaker ikke er fulltidsansatt, f.eks. en 80 % -stilling, vil det ikke være tale om overtid i lovens forstand dersom han eller hun arbeider utover dette, men ikke mer enn 40 timer per uke. Her vil det være tale om *mertid*, dvs. forskjellen mellom den avtalte arbeidstid og arbeidsmiljøloves arbeidstidsbegrep. Dersom arbeidstakeren skal ha krav på overtidstillegg for mertiden, må det være særskilt regulert i arbeidsavtalen.¹¹ Det er vanligvis tilfelle for tariffavtaler. Siden oppgaven avgrenses mot tariffavtaler, vurderer jeg ikke dette noe nærmere.

1.4 Oversikt over de ulike rettskildene

Som nevnt innledningsvis, er arbeidstidsbestemmelsene stadig gjenstand for diskusjon og revidering. Dette innebærer at det foreligger en god del forarbeider, hvor bestemmelsene er gjennomgått og vurdert. Ikke bare lovens normalordning er blitt endret, men også typen virksomhet og stilling som er unntatt.

Unntak for arbeidstakere med en ”særlig selvstendig stilling” kom først inn i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. i 1977, men bygde på arbeidervernloven av 1956 som unntok ”stilling av ledende eller kontrollerende art, og særlig betrodd art” fra de

⁹ Aml.§10-1(1) og (2), Rt.2001s.418

¹⁰ Fougner(2006)s.399

¹¹ Dege(2003)s.113

alminnelige reglene om arbeidstid. Med arbeidsmiljøloven av 2005, ble formuleringen endret fra ”selvstendig” til ”uavhengig”, men uten at bestemmelsen i utgangspunktet skulle få nytt meningsinnhold.¹² Forarbeider til aml. 1977, samt senere revisjoner, er derfor relevante rettskildefaktorer ved tolkningen av begrepet ”særlig uavhengig stilling”.

Det finnes lite rettspraksis på området, kun underrettsdommer og arbeidsrettsdommer. Direktoratet for Arbeidstilsynet hadde vedtakskompetanse etter 1977-loven. Denne ble fjernet ved vedtakelsen av aml. 2005, men forarbeidene presiserer at begrepet ”*særlig uavhengig*” skal gis samme innhold som dagens regelverk og praksis knyttet til begrepet ”*særlig selvstendig*”.¹³ I juridisk teori, er det lagt til grunn at den praksis det her siktes til er direktoratets praksis, som gjennomgående har vært restriktiv.¹⁴ Jeg trekker derfor inn tidligere avgjørelser i oppgaven. Vekten direktoratets avgjørelser vil ha som rettskilde for vurderingen, vil bero på hvor godt avgjørelsene er begrunnet. Direktoratet tar heller ikke stilling til beregningen av arbeidstakers krav. Følgen av dette er at direktoratet ikke trenger å ta i betraktning den vanskeligere utregningen av lønnen, og at det dermed kan være enklere å komme fram til det resultat at stillingen er særlig uavhengig. Direktoratet trekker også regelmessig fram eksempelet om at en advokat i et forsikringsselskap skal anses som særlig uavhengig, noe om kan anføres at er utdatert.¹⁵ Dette kan tyde på at direktoratets avgjørelser ikke alltid er tilstrekkelig oppdatert mht. samfunnsutviklingen, og kan ha varierende kvalitet.

Den juridiske teori som foreligger, gjengir stort sett det som står forarbeider til 1977-loven og senere revisjoner fram til i dag. Hvordan § 10-12 (2) anvendes i praksis problematiseres lite. Det konstateres stort sett at det er et problem.

¹² Se likevel pkt.3.3.1

¹³ Ot.prp.nr.49(2004-2005)

¹⁴ Arbeidsrett.no(2006)s.479

¹⁵ Jfr.pkt.3.3.3.1

Undersøkelsen; ”Omfang og bruk av bestemmelsene om unntak fra reglene om arbeidstid i arbeidsmiljøloven (2005)”, er en utredning av SENTIO for AID som en del av forberedelsen til lovarbeidet.¹⁶ Undersøkelsen gir det best oppdaterte bilde av hvordan unntaksbestemmelsen fungerer i praksis. Både virksomheten og den enkelte arbeidstaker er intervjuet i undersøkelsen. Jeg vil kort redegjøre for undersøkelsen under punkt 2.2, og trekke inn undersøkelsen i vurderingen av det nye lovforslaget under punkt 4.2. Høringsuttalelsene fra høringsinstansene, bidrar også til å gi et bilde av hvordan bestemmelsen fungerer i praksis.

2 Bakgrunnen for arbeidstidsregler

2.1 Hensyn for og mot

Før jeg redegjør for unntak fra arbeidstidsbestemmelsene, er det hensiktsmessig å ta utgangspunkt i hvorfor det i det hele tatt er ønskelig med en lovregulering av arbeidstiden, herunder begrensninger i bruken av overtid. Som nevnt innledningsvis, har bestemmelsene om arbeidstid alltid vært et politisk omstridt tema. Hovedhensynene som står mot hverandre er vernet av den enkelte arbeidstakers helse og sosiale velvære på den ene siden, mot virksomhetens behov for fleksibilitet på den andre. Arbeidstidsreglene er i stor utstrekning av offentligrettslig karakter, dette ser vi blant annet ved arbeidstilsynets overvåkningskompetanse, jfr. § 18-1. Bestemmelsene om overtid blir i denne forbindelse noe særegne, siden de både er av offentlig- og av privatrettslig karakter.¹⁷

¹⁶ Ot.prp.nr.24(2005-2006)pkt.6.5.3, jfr. Ot.prp.nr.49(2004-2005)

¹⁷ Fougner(2006)s.403

2.1.1 Hensynet til arbeidstakeren

Hovedhensynet bak nåværende og tidligere arbeidsmiljølover, er å verne arbeidstaker mot helsemessige og sosiale belastninger.¹⁸ Det foreligger undersøkelser som bekrefter sammenhengen mellom for lange arbeidsøkter og fysiske skader,¹⁹ og alminnelig arbeidstid og begrensninger i bruken av overtid har til formål å verne arbeidstakers helse.

Hensynet til arbeidstakers sosiale velvære har som følge av samfunnsutviklingen fått en videre betydning i dag enn tidligere. Arbeidstidens lengde og plassering har betydning for arbeidstakerens sosiale liv, og det er en målsetning ved utarbeidelsen av arbeidstidsbestemmelsene at de skal være egnede for mange ulike livssituasjoner. Arbeidstidsordningen må gjøre det mulig å ha et sosialt liv også utenfor arbeidet, spesielt i den perioden av livet når man ønsker å bruke tid på barn og familie. En arbeidstidsordning med for lange dager og uforutsigbar arbeidstid, kan medføre at kombinasjonen karriere og familieliv blir vanskelig.²⁰

Arbeidstid blir slik et viktig tema i likestillings- og familiepolitikken. Siden det fortsatt er kvinnen som tar seg av mesteparten av omsorgen i hjemmet, kan en lite forutsigbar arbeidstidsordning medføre at omsorgsrollen må prioriteres framfor en høyere stilling.²¹ Det at unntaket fra arbeidstidsbestemmelsene for arbeidstakere med en ”særlig uavhengig stilling” anvendes for vidt i praksis, kan medføre at mange kvinner unnlater å søke på stillinger de ellers ville søkt på. Statistisk sett, ser man at andelen kvinner i særlig uavhengige stillinger, er langt lavere enn andelen menn.²²

¹⁸ Fougner(2006)s.391, Ot.prp.nr.41(1975-1976) kap.V, s.36

¹⁹ Statens Arbeidsmiljøinstitutt (STAMI), har utarbeidet en sammenstilling av internasjonale forskningsresultater for Arbeidslivslovutvalget. Høringen viser videre til artikkelen ”Overtid og helse” skrevet av Ingrid Sivesind Mehlum i Arbeidstilsynet og til rapporten Dembe, A.E. m.fl. ”The impact of overtime and long work hours on occupational injuries and illnesses: new evidence from the United States”, Occup Environ Med 2005; 62.

²⁰ Ot.prp.nr.41(1975-1976)kap.V, s.36

²¹ NOU2004:5 pkt.13.3.5

²² SENTIO del II pkt.4, s 28

Det er videre en uttrykt politisk målsetning å arbeide mot et mer inkluderende arbeidsliv. Rammene for arbeidstiden må derfor bidra til at enkelte arbeidstakere ikke holdes utenfor arbeidslivet, f.eks. kan mer fleksible arbeidstidsordninger bidra til å gjøre det mer attraktivt å arbeide fulltid. Da dette har mer betydning for arbeidstidsordningen generelt og ikke for oppgavens tema spesielt, utdyper jeg ikke dette noe nærmere.²³

Arbeidsmiljøloven er en lov som benyttes av mange ulike aktører. Lovgiver har derfor framhevet at en klar og lett forståelig lovgivning er et viktig hensyn ved reguleringen av arbeidstid.²⁴

Aml. § 10-6 er utformet for å begrense bruken av overtid. (11) som pålegger arbeidsgiver å betale et overtidstillegg på minimum 40 %, har til hensikt å dels virke preventivt ved at bruk av overtid påfører virksomheten høyere kostnader, og dels ved at arbeidstaker skal få kreditert den ulempe det er med lengre arbeidsdager.²⁵

2.1.2 Hensynet til virksomheten

Hovedhensynet for å unnta enkelte arbeidstakere fra lovens normalordning, er hensynet til virksomhetens behov for fleksibilitet. Virksomheter er avhengig av å kunne produsere effektivt og håndtere ”arbeidstopper”, og lovens ordning må tilpasses forskjellige typer virksomheters arbeidssituasjon og utviklingen i samfunnet ellers.²⁶ Loven åpner også for en adgang til å avtale overtid for alminnelige arbeidstakere, jfr. aml. § 10-6 (5) og (6). Etter (5) gis virksomheter som er bundet av tariffavtale mulighet til å fravike reglene etter avtale med tillitsvalgte. Etter (6) kan virksomheten søke arbeidstilsynet om å utvide adgangen til overtidsarbeid utover 200 timer i året.

²³ NOU2004:5 pkt.13.3.5

²⁴ Op.cit.pkt.13.3.6

²⁵ Fougner(2006)s.451

²⁶ NOU2004:5 pkt.13.3.3, 13.3.4

Bedriftsøkonomiske og produksjonsmessige hensyn taler mot streng regulering av arbeidstiden. Det er klart at det for en bedrift er mer økonomisk lønnsomt at flest mulig arbeidstakere arbeider uten overtidstillegg.²⁷

Tidligere ble hensynet til produktivitet ansett som et argument for en strammere arbeidstidsregulering. Tanken var at arbeidstakerne arbeidet bedre og mer effektivt den tiden de var i arbeid, når arbeidsdagen var kortere. Hvilken betydning dette hensynet har i dag, vil nok variere mht. typen stilling og virksomhet.

2.1.3 Offentligrettslige hensyn

Ikke bare for den enkelte virksomhet, men for samfunnet for øvrig er økonomisk verdiskapning nødvendig. En for lite fleksibel arbeidstidslovgivning kan påvirke sysselsettingen og velferdsstaten Norge i en negativ retning.²⁸

Som begrunnelse for å begrense bruken av overtid, brukes mer fordelingspolitiske vurderinger.²⁹ Det vil være mer lønnsomt for samfunnet om det ble ansatt en ny arbeidstaker i virksomheten, framfor å belaste allerede ansattes helse. Det er kostbart for samfunnet dersom arbeidstakere må sykemelde seg grunnet helseproblemer som følge av overtidarbeid, framfor å være i arbeid.

2.1.4 Hensynene for å unnta ledende og særlig uavhengig stilling fra den alminnelige arbeidstidsordningen

Mange arbeidstakere ansatt i et øvre ledersjikt, har en så overordnet og ansvarsfull stilling at den alminnelige arbeidstidsordningen er uhensiktsmessig og upraktisk å anvende. Der

²⁷ Ot.prp.nr.41(1975-1976)kap.V, pkt. 4

²⁸ NOU2004:5 pkt.13.3.3

²⁹ Ot.prp.nr.50(1993-1994)pkt.1.2

arbeidstaker selv kan kontrollere arbeidstiden og arbeidsoppgavene, og selv har beslutningsmyndighet i forhold til delegasjon og organisering, kommer ikke de hensyn som begrunner arbeidstidsbestemmelsene til anvendelse i like stor grad. De arbeidsoppgaver som arbeidstakere med slike stillinger har, krever en større grad av fleksibilitet. Den selvstendige beslutningsmyndigheten som stillingen gir, medfører at arbeidstakeren langt på vei kan avgjøre sin egen arbeidsinnsats.³⁰ I vurderingen av om arbeidstakeren har en særlig uavhengig stilling eller ikke, er det sentralt at unntaket ikke vil være vernemessig betenkelig.³¹

2.2 Anvendelsen av unntaksbestemmelsene i praksis, utredningen foretatt av SENTIO for AID

Det uttrykkes i forarbeider både til 1977-loven og til 2005-loven, en bekymring vedrørende praktiseringen av unntaksbestemmelsene i § 10-12 (1) og (2).³² Det har vært antatt at en større gruppe arbeidstakere er unntatt fra arbeidstidsbestemmelsene enn det som var lovgivers intensjon, og undersøkelsen fra SENTIO ble gjennomført for å få nærmere kartlagt dette problemet.

Undersøkelsen hadde som formål å belyse bruken av unntaksbestemmelsene i praksis. Den skulle videre belyse hvordan disse arbeidstakerne fordeles etter bransje, yrke, utdanningsnivå og kjønn. Det ble foretatt intervju av 2 000 ledere i norske virksomheter og 1 500 yrkesaktive arbeidstakere. Det er store ulikheter i resultatene fra arbeidstaker- og arbeidsgiverundersøkelsen. Arbeidstakerne er best til å svare på sin egen situasjon, mens virksomhetene har den beste oversikten over regelverket. SENTIO har med forebehold trukket visse konklusjoner ut av det tallmaterialet som foreligger.

³⁰ Ot.prp.nr.49(2004-2005)pkt.13.12.2

³¹ Larsen(2004)s.255

³² Se note 2

Virksomhetene oppgir at 7 % av alle arbeidstakerne er unntatt fra arbeidstidsbestemmelsene, arbeidstakerne mener på sin side at det gjelder 19 %. SENTIO legger til grunn at det reelle antall arbeidstakere, antagelig vil utgjøre rundt 10 % av den totale arbeidsstyrken. I begge undersøkelsene kommer det fram at det er flere menn enn kvinner som unntas etter bestemmelsene, og at det først og fremst dreier seg om arbeidstakere med høyere utdanning. Det er videre flest i næringene bank og finans, transport/telekommunikasjon og olje- og gassutvinning.

Selv om undersøkelsen viser et lavere antall arbeidstakere enn det tidligere undersøkelser har vist, er det likevel høyere enn det som var lovgivers intensjon. Det er videre svært stor avstand mellom resultatene i undersøkelsen, og da blir konklusjonene også noe usikre. I undersøkelsen kommer det også fram at mange unntas med begrunnelser som ikke er tilstrekkelige, eller unntas uten at dette er begrunnet i det hele tatt. Det konkluderes med at det foreligger et behov for mer informasjon for å øke kjennskap og forståelse om begreper og lovverk.³³

Flere av høringsuttalelsene deler departementets konklusjon om at unntaksbestemmelsene anvendes for vidt i praksis. NITO³⁴ uttrykker blant annet at andelen ingeniører som ikke får overtidsgodtgjørelse er på hele 40 %, og at i enkelte virksomheter er over halvparten av arbeidstakerne unntatt fra loven. Akademikerne nevner i sin uttalelse at mange arbeidsgivere unntar arbeidstakere fra arbeidstidsbestemmelsene basert på deres formelle utdanning alene. Det nevnes videre også trainee-stillinger, som helt klart er underlagt styring og kontroll, regelmessig ikke mottar overtidsgodtgjørelse.

³³ SENTIO del III, siste avsnitt.

³⁴ Norges Ingeniør- og Teknologiorganisasjon

3 Særlig uavhengig stilling

3.1 Historisk perspektiv

I arbeidervernloven av 1956, var ”arbeid av ledende eller kontrollerende art, og arbeid av særlig betrodd art” unntatt fra reglene om arbeidstid. Med lov om arbeidsvern og arbeidsmiljø mv. av 1977, ble mange av unntakene snevret inn, herunder unntaket for høyere stillinger, bl.a. ble uttrykket ”arbeid av kontrollerende art” strøket for å hindre misforståelser. Lovgiver så videre et behov for å unnta en større krets arbeidstakere i virksomhetens øverste ledersjikt fra arbeidstidsbestemmelsene, da det også for denne typen stillinger ville virke uhensiktsmessig og upraktisk å gjøre bestemmelsene gjeldende.³⁵ Lovens ordlyd ble etter dette ”arbeid av ledende art og arbeid av andre som har en særlig selvstendig stilling innen virksomheten”. Bestemmelsen innebar at kapittel X om arbeidstid fikk et snevrere anvendelsesområde enn loven ellers som omfattet alle arbeidstakere. Det ble også vedtatt et unntak fra unntaket, hvor arbeidsledere mv. som i ”arbeidstida følger dem de er satt til å lede” fulgte lovens alminnelige regler.

Ved revisjonen av arbeidslovgivningen, og den etterfølgende vedtakelsen av lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. 2005 nr. 62, ble unntaket fra arbeidstidsbestemmelsene videreført. Selv om utgangspunktet fortsatt var at flest mulig arbeidstakere bør være omfattet av loven, anerkjente man virksomhetenes behov for fleksibilitet. I juni 2005 ble det vedtatt å endre ordlyden til ”særlig uavhengig stilling”, men uten at dette skulle innebære noen realitetsendring. I tillegg ble alle arbeidstakerne i utgangspunktet ansett å falle inn under lovens alminnelige regler om arbeidstid, men at unntak kunne avtales mellom partene. Loven ble imidlertid endret 21.12 samme år, og vilkåret om avtale ble strøket før loven trådte i kraft i januar 2006. Det skjedde samtidig flere endringer i bestemmelsene om arbeidstid, og regjeringen fryktet utilsiktede virkninger og ba om en utredning. Rettstilstanden ble etter dette den samme som etter 1977- loven.

³⁵ Ot.prp.(1975-76)nr.49 pkt.13.12.2s.180

Selv om siste punktum i § 41 a) ble strøket, innebar dette ingen endring, da forarbeider til bestemmelsen har blitt tolket slik at tidligere rettstilstand skulle videreføres.

Bestemmelsen er nå igjen under utredning og revisjon. På grunnlag av undersøkelsen foretatt av SENTIO, er det igjen påpekt at praksis ikke stemmer overens med lovgivers intensjon. Departementets brev datert 20.12.2007; ”Høring - Forslag til endringer i arbeidsmiljølovens bestemmelse om arbeidstid for arbeidstakere med særlig uavhengig stilling”, hadde frist for høringsuttalelser 15.3.2008. Ny proposisjon vil være klar i mars/april 2009. Jeg går nærmere inn på endringene nedenfor under punkt 4, men helt kort innebærer forslaget blant annet at avtalevilkåret gjeninnføres. Det er heller ikke i denne omgang gjort forsøk på bedre å klargjøre begrepets innhold.

3.2 Rettsstillingen til arbeidstaker ansatt i særlig uavhengig stilling

En arbeidstaker ansatt i en særlig uavhengig stilling, unntas fra de fleste bestemmelsene om arbeidstid i kapittel 10 i arbeidsmiljøloven. Det mest sentrale er unntaket fra § 10-6 om overtidarbeid og overtidsgodtgjørelse. Resten av bestemmelsene spiller en mindre praktisk rolle, da noe av forutsetningen for å unnta arbeidstakeren fra overtidsbetaling er at vedkommende i stor utstrekning har adgang til å legge opp hverdagen sin selv.

Arbeidstakeren unntas likevel ikke fra aml. § 10-2 (1), (2) og (4), som innebærer at arbeidsgiver må sørge for en forsvarlig arbeidstidsordning som ivaretar arbeidstakers helse, miljø og sikkerhet, jfr. § 2-1. Jfr. også § 4-1 og § 7-2 (2) f), om de generelle pliktene til å ivareta et forsvarlig arbeidsmiljø. Arbeidstakere ansatt i denne typen stillinger, kan fort stå i fare for å bli utbrent pga. stort arbeidspress. Det er derfor viktig å bemerke at også denne gruppen arbeidstakere har rett til en arbeidstidsordning som ivaretar arbeidstakers helse og sosiale velvære.

Arbeidsgiver er forpliktet til å ivareta arbeidstakers sikkerhet, og ikke utsette vedkommende for ”fysiske eller psykiske belastninger”, jfr. § 10-2(1). § 10-2 (2) og (4) gir

rett til fritak fra nattarbeid og rett til redusert arbeidstid, dersom vedkommende av helsemessige, sosiale og andre vektige velferdsgrunner har behov for det.

Fritak for nattarbeid og rett til redusert arbeidstid kan kun skje dersom det ikke vil være til ”vesentlig ulempe for virksomheten”. I vesentlighetsvurderingen, vil en arbeidsgiver kunne ta hensyn til den typen stilling arbeidstaker er ansatt i. For en leder i virksomheten, kan f.eks. redusert arbeidstid vanskelig la seg gjennomføre. Videre kan arbeidstakeren også ha et personalansvar som gjør det til han eller hennes eget ansvar å påse at forsvarlig arbeidsmengde ikke overskrides.³⁶

Om arbeidstakers adgang til å få prøvet om stillingen er riktig betegnet som ”særlig uavhengig”, se punkt 4.2.5 om arbeidstilsynets vedtakskompetanse.

3.3 Fastleggingen av begrepets innhold

3.3.1 Generelt

Å definere hvilke arbeidstakere som skal omfattes av unntaket for særlig uavhengig stilling beror på en konkret helhetsvurdering. Vilkåret for å være unntatt fra arbeidsmiljølovens kapittel 10, er at det reelle innholdet i stillingen er ”særlig uavhengig”. Det stilles m.a.o. krav til graden av uavhengighet og selvstendighet for at lovens vilkår skal være oppfylt. Momentene i vurderingen er først og fremst hentet fra forarbeider, men nærmere presisert i juridisk teori, underrettspraksis og Arbeidstilsynets praksis. I grensetilfelle må det legges vekt på at arbeidsmiljøloven er en vernelov for arbeidstaker. Det å gjøre unntak fra loven må med andre ord ikke være vernemessig betenkelig.³⁷

Begrepet ”særlig uavhengig” kan lett virke vagt og uhåndterlig når det skal anvendes i praksis. Hovedmomentene er faste og oversiktlige, men gruppen arbeidstakere blir så

³⁶ Arbeidsrett.no(2006)s.479

³⁷ Larsen(2004)s.255

uensartete at grensetilfellene blir vanskelig å bedømme. Det henger sammen med at begrepet må anses som en rettslig standard, som endrer seg i takt med utviklingen i samfunnet og arbeidslivet. Videre er det lite praksis til å veilede vurderingen.

Under punkt 3.1 ble det redegjort for bestemmelsens forhistorie, og konkludert med at lovgiver ved lovendringene har ønsket å videreføre rettstilstanden uendret. Det kan settes et spørsmålstegn ved om det var lovgivers intensjon. Ved hver lovrevisjon er det blitt påpekt at bestemmelsen ikke anvendes i overensstemmelse med lovgivers intensjon, og at den skal tolkes strengere enn det som skjer i praksis.³⁸ I NOU 2004:5, der ordlyden først foreslås endret fra ”selvstendig” til ”uavhengig”, sies det i punkt 15.5.6:

Utvalget ønsker ikke med dette å legge noe vesentlig annet i begrepet uavhengig enn det som opprinnelig var ment å ligge i selvstendig, men å signalisere at det foretas en innstramning i måten bestemmelsen har vært praktisert på. (min uth.)

I samme forarbeiders punkt 23.10, merknader til bokstav a, sies det følgende:
Med ”særlig uavhengig stilling” er det ment å foreta en innstramning av dagens praktisering av ”særlig selvstendig stilling”.

Etter disse uttalelsene kan det synes uklart i hvilken grad rettstilstanden skulle endres. Man kan ikke uten videre sette likehetstegn mellom at lovgiver ikke ønsket vesentlige endringer, og at rettstilstanden forble den samme. *å legge noe vesentlig annet i begrepet*, kan tvert i mot peke i retning av en intensjon om å endre rettstilstanden noe. I Ot.prp.(2004-2005)nr.49 punkt 13.12.2 er lovgiver imidlertid mer direkte:

Det foreslås at begrepet ”særlig selvstendig” endres til ”særlig uavhengig” men at dette navnebytte ikke skal ha betydning for hvilke grupper som defineres i gruppen. Gruppen

³⁸ Jfr. f.eks. Ot.prp.nr.50(1993-1994)s.113.

”særlig uavhengig” skal gis samme innhold som dagens regelverk og praksis knyttet til begrepet ”særlig selvstendig”.

I samme forarbeider s. 322 under merknader til bestemmelsen, brukes videre formuleringen fra NOU 2004:5: *Begrepet ”særlig selvstendig” omformuleres til ”særlig uavhengig”, men det er ikke ment å legge noe vesentlig annet i begrepet uavhengig enn det som opprinnelig var ment å ligge i selvstendig.*

I forarbeider til endringsloven 21.12.2005,³⁹ understrekes det at innholdet i begrepet skal være det samme, og det henvises til omtalen i Ot.prp.(2004-2005)nr.49 punkt 13.12.2.

Det kan virke som ordvalget til departementet er noe tilfeldig, lite gjennomtenkt og ikke helt konsekvent. Alt i alt peker uttalelsene i retning av en videreføring av gjeldende rett. Dette er også lagt til grunn i rettspraksis og juridisk teori.

Som nevnt ovenfor har det ved hver lovrevisjon blitt påpekt at bestemmelsen ikke anvendes i overensstemmelse med lovgivers intensjon, og med en anbefaling om at praktiseringen endres. Selv om det har vært klart at hovedproblemet er forvirring og misforståelser rundt hvem som skal omfattes av begrepet, er det likevel ikke ved noen av revisjonene foreslått å definere eller på annen måte klargjøre begrepets innhold i lovteksten. Det kan synes som det foreligger en motvilje mot dette fra lovgivers side. I f.eks. NOU 2004:5 sies det blant annet at *de tolkningsproblemer som har vært knyttet til begrepet ledende og særlig selvstendig stilling vil ikke forsvinne helt i og med [lovendringen](...) Konsekvensene av hvorvidt arbeidstaker faller inn under begrepet eller ikke vil imidlertid ikke lenger være like stor, fordi det bare vil være aktuelt å gjøre unntak fra enkelte bestemmelser. Det antas derfor at bruken av bestemmelsen blir mindre.* Slik framstår det som om man kjenner til kjernen av problemet, men likevel velger og ikke forsøke å løse det.

³⁹ Ot.prp.nr.24(2005-2006)pkt.6.5.3.

3.3.2 Grensen oppad mot "ledende stilling"

For å kunne fastslå hvilke arbeidstakere som er "særlig uavhengige" etter § 10-12 (2), er det som nevnt innledningsvis nødvendig å først fastlegge grensen oppad mot arbeidstakere med "ledende stilling", jfr. (1).⁴⁰ Det kan synes unødvendig å skille skarpt mellom disse, da rettsfølgen av å være omfattet av begge unntakene er den samme. Formelt er det likevel tale om to ulike grunnlag for å unnta arbeidsforholdet fra bestemmelsene om arbeidstid.

Med "ledende stilling" menes *en overordnet stilling med klare lederfunksjoner*. Det sentrale for vurderingen er om arbeidstakeren har et større ansvar og i særlig grad kan treffe selvstendige avgjørelser på virksomhetens vegne, og videre selv kan vurdere å avgjøre behovet for egen arbeidsinnsats. Det er den faktiske stilling og funksjon som skal legges til grunn, og vurderes konkret. Som eksempler på lederstillinger nevner forarbeidene disponenter, avdelingssjefer, kontorsjefer, overingeniører og andre med et større ansvar. Selv om tittelbetegnelsen vil være et moment i vurderingen, er den av underordnet betydning.⁴¹

Aml. § 15-16 inneholder en spesialbestemmelse for opphør av stilling som "øverste leder". Bestemmelsen har til hensikt å omfatte *ledere på øverste administrative plan, med utstrakt selvstendig ansvar. Vanligvis bør dette ansvaret inkludere budsjettansvar og resultatansvar for hele virksomheten. Det tas sikte på lederstillinger hvor det stilles særlige og store krav til lederegenskaper*.⁴² Selv om det stilles krav om klare lederfunksjoner for å ha en "ledende stilling", skal begrepet omfatte en videre krets av arbeidstakere. Øverste leder omfatter i utgangspunktet kun topplederen.⁴³ Praksis i tilknytning til denne bestemmelsen blir derfor ikke direkte relevant, men anses en arbeidstaker først som "øverste leder" vil vedkommende også være unntatt fra kapittel 10 i aml. De samme momentene kan derfor ha betydning for begge vurderingene. Bestemmelsen skal også favne videre enn § 1-8, som

⁴⁰ Se pkt.1.2.

⁴¹ SENTIO del I s. 49, Ot.prp.nr.41(1975-76)s.59, Jakhelln(2006)s.290, arbeidsrett.no(2006)s.470

⁴² Ot.prp.nr.50(1993-1994)s.177.

⁴³ Ot.prp.nr.41(1975-76)s.59, NOU1992:20s.152, Fougner(2006)s.866

definerer arbeidsgiverbegrepet til også å omfatte arbeidstakere som leder virksomheten i arbeidsgivers sted.⁴⁴

Unntaket for ”særlig selvstendig stilling” i loven av 1977, var ment å omfatte *arbeidstakere som ikke har lederfunksjoner, men som likevel har overordnede og ansvarsfulle stillinger*.⁴⁵

Hovedskille mellom de to alternative unntakene blir følgelig om stillingen innehar klare lederfunksjoner, og om disse er så gjennomgripende at stillingens hovedpreg må anses å være av ledende art.⁴⁶

Det å være leder forutsetter en delegasjonsadgang og en avgjørelsesmyndighet. Lederen må med andre ord ha ansatte under seg og kompetanse til å fatte visse avgjørelser på virksomhetens vegne. Direktoratet for Arbeidstilsynet har i sin praksis tatt utgangspunkt i virksomhetens organisasjonsstruktur. Videre drøftes det om delegasjonsadgangen og avgjørelsesmyndigheten er reell, ved at stillingsinstruks/organisasjonskart vurderes opp mot de faktiske forhold. Det som kan være situasjonen i praksis er at de arbeidstakerne ”lederen” i utgangspunktet har myndighet til å delegere arbeidsoppgaver til, allerede er overarbeidet. En annen situasjon er at arbeidstakers overordnede har en utstrakt kompetanse til å overprøve de avgjørelser som tas. Slik vil den delegasjonsadgang og de avgjørelser som ”lederen” formelt har myndighet til å foreta, ikke ha et reelt innhold.

I et eksempel fra Direktoratet for Arbeidstilsynet ble 17 stillinger ved et energiverk unntatt etter tidl. aml. § 41. Stillingene ble antageligvis ansett som ledende, selv om dette er litt uklart i avgjørelsen. De 18 stillingene som skulle vurderes av direktoratet, ble delt i grupper etter typen stilling og typen avdeling de var ansatt i. For alle gruppene vurderte direktoratet konkret hvor i virksomhetens hierarki stillingene var organisert. Om fem stillinger i lederteamet, tar direktoratet utgangspunkt i stillingsinstruksene/kvalitetsmanualene og uttaler følgende:

⁴⁴ Ot.prp.nr.41(1975-76)s.59, arbeidsrett.no s.470

⁴⁵ Ot.prp.nr.41(1975-1976)kap.VIII, merknader til § 41.

⁴⁶ Dege(2003)s.111

Det fremgår av sakens faktum at de fem arbeidstakerne i lederteamet har ansvar for sine respektive divisjoner. Nærmest overordnede er administrerende direktør. I vurderingen av stillingens ansvar uttaler direktoratet videre at hver leder har ansvar for sin divisjon i forhold til behandlingen av daglige personalspørsmål, blant annet permisjoner m.v., fraværsrapportering, bruk av overtid, informasjon under møter og medvirkning internt i egen divisjon. Videre er det opplyst at leder har budsjettansvar, resultatansvar, er ansvarlig for handlingsprogram/personalplanlegging, IK og HMS-ansvar. Direktoratet ser det slik at disse arbeidsoppgavene er av administrativ og ledende art. Avslutningsvis presiseres det at det ikke er stillingsbetegnelsen som vil være avgjørende, men at det heller ikke foreligger spesielle forhold som tilsier at de faktisk utførte arbeidsoppgavene ikke er i overensstemmelse med tittelen. Det at saker av viktighet måtte avklares med administrerende direktør, endret ikke stillingenes karakter. I grensetilfelle legges vekt på arbeidstakerens mulighet til å kontrollere sin egen arbeidstid. For de aktuelle stillingene, var det gitt en selvstendig fullmakt til å regulere arbeidstiden.

I saken ble 17 av 18 stillinger unntatt fra arbeidstidsbestemmelsen. Alle stillingene ble vurdert konkret, og den følgen at hele 14 % av bedriftens ansatte ble unntatt fra arbeidstidsbestemmelsene kunne ikke tillegges selvstendig betydning. Avgjørelsen viser hvordan den enkeltes arbeidsoppgaver ble vurdert konkret for å avdekke om arbeidsoppgavene reelt sett var av ledende art. Personal- og budsjettansvaret som var tilknyttet stillingen ble avgjørende, og ikke stillingsbetegnelsen eller følgene for virksomheten.

Både der arbeidstaker unntas etter (1) og etter (2) er det sentralt om arbeidstakeren selv kontrollerer sin egen arbeidstid, eller om vedkommende er underlagt en annens kontroll. I grensetilfeller har direktoratet i flere avgjørelser lagt avgjørende vekt på kontroll av arbeidstid, jfr. f.eks. energiverksaken ovenfor. Dersom arbeidstaker blir kontrollert fast, vil den regelmessig være å anse som en alminnelig arbeidstaker. Dette gjelder også dersom stillingen omfatter visse lederfunksjoner. Stillingen som helhet må vurderes konkret, og det

er alltid det reelle arbeidsforhold som skal legges til grunn. Dette kommer jeg tilbake til under punkt 3.3.3.2.

I tidl. aml. § 41 a) var det lagt til en setning som skulle presisere hvilke arbeidsledere som falt innenfor og utenfor unntaket for ”arbeid av ledende art”. Unntaket skulle ikke omfatte ”arbeidsledere og andre i liknende stillinger som i arbeidstida følger dem de er satt til å lede”. Ettersom samme rettstilstand skulle videreføres i og med vedtakelsen av arbeidsmiljøloven, må dette innebære at unntaket fra unntaket fortsatt skal gjelde. I forarbeider⁴⁷ ble det forutsatt at § 41 a) siste setning tok sikte på arbeidsledere som regelmessig deltok i bedriftens alminnelige arbeidstid, slik som formenn som var forpliktet til å møte opp på arbeidsplassen. Det var ikke nødvendig at vedkommende deltok i det samme arbeidet, men heller ikke kunne det være slik at arbeidslederen kunne være opptatt med annet administrativt arbeid for bedriften. Dersom stillingen bar preg av mer selvstendig og overordnet karakter, ville den falle inn under unntaket.

3.3.3 Grensen nedad mot den alminnelige arbeidstaker

3.3.3.1 Uavhengighet og avgjørelsesmyndighet

En særlig uavhengig stilling skal i følge forarbeider omfatte *arbeidstakere om ikke innehar lederfunksjoner, men som likevel har overordnede og ansvarsfulle stillinger*.⁴⁸ Det ble etter dette forutsatt at kravet til selvstendighet innebar et krav om at arbeidstakeren har et selvstendig ansvar i virksomheten. Dette må videre innebære at arbeidstakeren må kunne fatte visse selvstendige avgjørelser på virksomhetens vegne. Dette er gjentatt i Ot.prp.(2004-2005)nr.49, og departementet presiserer videre på s. 180 at det ikke er tilstrekkelig å kunne kontrollere sin egen arbeidstid og/eller ha fleksibel arbeidstid, stillingen må innebære *en tydelig og åpenbar ”selvstendighet” eller ”uavhengighet” i hvordan og til hvilken tid arbeidsoppgaver skal organiseres og gjennomføres*. I juridisk

⁴⁷ Ot.prp.nr.31(1935)

⁴⁸ Ot.prp.nr.41(1975-1976)kap.VII, merknader til § 41, Ot.prp.nr.49(2004-2005)pkt.13.12.2 og s.322.

teori er det ut fra dette sluttet at *en særlig uavhengig stilling innebærer et element av personalansvar og myndighet til å delegere arbeidsoppgaver til andre*.⁴⁹ Det følger videre av ordlyden at det ikke er enhver selvstendig stilling som unntas, det stilles krav til graden av selvstendighet.⁵⁰

Som eksempler på arbeidstakere som anses som særlig uavhengige nevnes gjerne rådgiverstillinger, slik som økonomiske, strategiske og juridiske.⁵¹ For disse, som ellers, forutsettes en konkret vurdering av arbeidsoppgavene til den aktuelle stillingen. Det reelle legges til grunn.

Et eksempel fra forarbeider til 1977-loven, er en advokat ansatt i et forsikringsselskap.⁵² Dette er den eneste konkrete eksemplifisering fra forarbeider til noen av lovene eller revidering av lovene. Eksempelet er gjentatt i NOU 1992:20, men ikke i Ot.prp.(1993-1994)nr.50 som i det hele tatt er svært knapp. Begge forarbeidene er til endringsloven av 1995. Eksempelet er ikke gjentatt i senere revisjoner av arbeidsmiljøloven, men her er lovgiver forsiktig med å gi eksempler.

Juridisk teori⁵³ nevner ofte at en advokat ansatt i et forsikringsselskap i følge forarbeider skal anses en arbeidstaker med særlig uavhengig stilling. Dette skjer også regelmessig i arbeidstilsynets praksis. Det kan likevel settes spørsmålstegn ved om dette har endret seg med utviklingen i arbeidslivet. På 1970-tallet var det vanlig å ha en advokat ansatt i en rådgivningsstilling i forsikringsselskaper. I dag er det ikke uvanlig at de større selskapene har sine egne juridiske avdelinger. Sett i lys av den konkrete vurderingen av stillingens innhold som kreves, kan det ikke foreligge noen nødvendig sammenheng mellom at en advokat som nevnt automatisk skal anses som ”særlig uavhengig”. Her som ellers må det

⁴⁹ Arbeidsrett.no(2006)s.480.

⁵⁰ Også uttalt i TOSLO-2005-169978. Se sakens faktum under pkt. 3.3.3.5.

⁵¹ Larsen(2004)s.256

⁵² Ot.prp.nr.41(1975-1976), merknader til § 41 a

⁵³ Fougner(2006)s.469, Dege(2003)pkt.8.7.2.2.

foretas en vurdering, der de reelle arbeidsoppgaver og ansvar avdekkes. Regelmessig vil en ansatt advokat i et forsikringsselskap ha liten kontroll med hvilke saker som skal løses, og må ta de oppdrag som legges på pulen til vedkommende. Innad i en slik avdeling vil det antagelig være et hierarki, der enkelte advokater vil ha større selvstendighet enn andre. Det må videre være forhold utover selve den faglige kyndigheten som tilsier at advokaten er særlig uavhengig, jfr. mer om faglig uavhengighet under punkt 3.3.2.6 om nøkkelpersoner. For advokater ansatt i forsikringsselskap, må det følgelig foretas en konkret vurdering av stillingens innhold og ansvarsområder for å fastslå hvilke muligheter arbeidstakeren har til å kontrollere sin egen arbeidssituasjon.

Direktoratet for Arbeidstilsynet har gjennomgående lagt seg på en streng fortolkning av unntaksbestemmelsene i § 10-12 (1) og (2). Direktoratet har i sin praksis blant annet kommet til at en havariinspektør, økonomisjef ved et fylkesykehus, spesialrådgiver ved ØKOKRIM og nyhetsredaktør i en lokalavis ikke er ansatt i særlig uavhengige stillinger.⁵⁴ I flere av direktoratets avgjørelser har tilfelle imidlertid vært at stillingsbetegnelsen har pekt i en retning, mens de reelle arbeidsoppgaver og ansvar har vist noe annet.

I saken der en økonomisjef ved et fylkesykehus verken ble ansett for å ha en ledende eller særlig uavhengig stilling, hadde det skjedd en omorganisering. Direktoratet var enig i at stillingen var unntatt fra arbeidstidsbestemmelsene slik den var før omorganiseringen fant sted. Stillingstegnelsen besto uendret, men stillingen var underlagt mer styring og kontroll enn tidligere. Tvistespoersmålet ble etter dette om stillingen etter omorganiseringen var underlagt en så stor grad av kontroll, at arbeidstakeren nå var omfattet av de alminnelige arbeidstidsbestemmelsene. Arbeidstaker kunne ikke anses som ansatt i en ledende stilling; noe nytt organisasjonskart forelå ikke, og direktoratet fant ikke annen dokumentasjon på noen delegasjonsadgang til underordnede. For vurderingen av om stillingen kunne anses som særlig uavhengig, fikk en protokoll fra et møte mellom styret og direktøren avgjørende betydning. Her bekreftes det at *økonomisjefen etter at stillingen som*

⁵⁴ Arbeidsrett.no(2006)s.480

ass. administrasjonssjef ble opprettet, ble trukket mer inn som saksbehandler for ledelsen og følgelig fikk muligheten til selv å styre sin arbeidssituasjon sterkt redusert. Avgjørelsen viser at selv om stillingsbetegnelsen trekker i en retning, skal det alltid foretas en konkret vurdering der det reelle legges til grunn. Det reelle innholdet i arbeidstakers selvstendighet var endret. Avgjørelsen viser også at bruken av arbeidsgivers styringsrett medførte at arbeidstakeren ble omorganisert innunder de alminnelige arbeidstidsbestemmelsene.

I en avgjørelse fra 1998, ble en kontorleder i en kommune under tvil ansett for å falle utenfor unntaket for særlig uavhengig stilling. Arbeidstaker hadde visse arbeidsoppgaver tilknyttet administrasjon og ledelse, men det var etter en konkret vurdering ikke tilstrekkelig til å unnta arbeidstakeren fra arbeidstidskapittelet.

Kontorlederstillingen var en typisk mellomlederstilling i kommunen plassert i et fjerde ledersjikt under rådmann, teknisk kommunaldirektør og seksjonssjef. Han var overordnet 45-50 ansatte, og utarbeidet forslag økonomiplaner, budsjett og årsmeldinger. Samtidig var han underlagt den samme arbeidstidsordning som de øvrige ved samme kontor. Han hadde det ordinære lederansvar for enkelte områder og uttalte seg i flere saker, men den formelle beslutningen ble tatt på et høyere plan. Interne beordringsbrev måtte undertegnes av overordnede, og til en viss grad ble også de øvrige av arbeidstakers beslutninger overprøvd.

Direktoratet kom under tvil, og etter en totalvurdering, til at kontorlederen falt utenfor unntaket i tidl. § 41 (1) a). Det var på det rene at kontorlederen hadde et relativt stort økonomi- og personalansvar, og kunne til en viss grad fatte avgjørelser av faglig karakter. Disse ansvarsområdene ble uthulet ved at han manglet formell kompetanse og ved at hans avgjørelser ble overprøvd. Det som ble avgjørende for saken var muligheten til å kontrollere sin egen arbeidstid. Direktoratet la til grunn at hans hverdag i vesentlig grad ble styrt av møter og frister, som følge av kommunens organisatoriske oppbygning og instruks. Disse la også videre begrensninger på arbeidstakers ansvar. Han var videre underlagt det samme arbeidstidssystem som de øvrige arbeidstakere på arbeidsplassen. På samme måte som avgjørelsen ovenfor, viser saken at selv om stillingstittel og arbeidsoppgaver tilsynelatende innebærer uavhengighet, skal det foretas en konkret

vurdering. Realiteten i beslutningsmyndigheten var etter arbeidstilsynets oppfatning uthullet. Sammenliknet med andre avgjørelser fra direktoratet, kan denne avgjørelsen vurderes som svært streng.

I en uttalelse fra 2007⁵⁵ blir vurderingen hvem som omfattes (2) sammenliknet med skille mellom en arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker. Momenter for å avgjøre hvem som omfattes av arbeidsmiljøloven og hvem blir å anse som selvstendig oppdragstaker, vil i følge arbeidstilsynet være relevante. Helt kort kjennetegnes en selvstendig oppdragstaker ved at han eller hun utfører arbeid for egen regning og risiko, og arbeidet består som regel i en avtale om å frambringe et resultat. Oppdragstakeren har adgang til å benytte medarbeidere etter eget valg og styrer selv over driftsmidlene, og kan også samtidig ta oppdrag hos andre virksomheter. Det skal likevel foretas en helhetsvurdering hvor det blant annet legges vekt på arbeidsstedet, arbeidstiden, arbeidets utførelse, varigheten av avtaleforholdet, oppsigelsesfrister mv.⁵⁶

Når det gjelder graden av selvstendighet mht. å kunne vurdere å avgjøre behovet for egen arbeidsinnsats, mener Direktoratet for Arbeidstilsynet at en arbeidstaker med særlig uavhengig stilling har mange likhetstrekk med den selvstendige oppdragstaker. Med dette siktes det til arbeidstakere som i *stor grad kan påvirke sine egne arbeidsoppgaver og har et selvstendig ansvar i virksomheten, og som i den forbindelse kan treffe selvstendige avgjørelser*.⁵⁷

Etter dette er direktoratet for arbeidstilsynets praksis svært streng. I kommuneledersaken blir det lagt til grunn at arbeidstakers hverdag i realiteten ble styrt av møter og frister. Det kan argumenteres for at alle og enhver opplever at hverdagen blir styrt av stillingens arbeidsoppgaver, også for arbeidstakere ansatt i ledende og særlig uavhengige stillinger. Slike arbeidstakere har ofte så krevende arbeidsoppgaver at de reelle mulighetene til å

⁵⁵ Direktoratet for Arbeidstilsynet, brev av 20.3.2007 til NITO

⁵⁶ Jakhelln(2006)s.32-33.

⁵⁷ Se note 55

disponere hverdagen er fraværende. Arbeidstakere med særlig uavhengig stilling, er ikke leder, og vil da følgelig alltid ha overordnede som til en viss grad har myndighet til å gripe inn i de beslutninger som tas. Arbeidstakeren vil vanskelig kunne være fullstendig uavhengig av virksomhetens ledelse. Det kan synes som om kravene som arbeidstilsynet her stiller for at en arbeidstaker skal omfattes av (2) er så strenge at det er vanskelig å forestille seg hvilke arbeidstakere som skal omfattes av unntaket.

3.3.3.2 Kontroll av egen arbeidstid

I vurderingen av om en arbeidstaker kan unntas fra bestemmelsene om arbeidstid, vil adgangen til selv å disponere sin egen arbeidstid være et tungtveiende argument. I forarbeider til 1977-loven sto dette sentralt.⁵⁸ Her ble det presisert at det i grensetilfelle vil være naturlig å legge avgjørende vekt på kontroll av arbeidstid. Synet på arbeidstid, og hva som regnes som arbeid, har likevel forandret seg med utviklingen av nye arbeidsmetoder og teknologiske hjelpemidler, og har fått en annen betydning enn tidligere. I NOU 1992:20 s.135 er det påpekt at det ikke er *naturlig å legge samme vekt på dette momentet i forarbeidene lenger*. I den konkrete vurderingen av stillingens innhold, er det derfor viktig også å se stillingen i lys av denne utviklingen.

Direktoratet for Arbeidstilsynets har i sin praksis gitt kontroll av arbeidstid avgjørende betydning i flere saker. I teorien, synes det å være enighet om at en fast kontroll med når arbeidstaker kommer og går, f.eks. et innstemplingssystem, som regel vil være et avgjørende argument mot at arbeidstaker er særlig uavhengig. Dersom arbeidstakerens hverdag hovedsakelig er regelstyrt gjennom ulike instruksjer, retningslinjer og regelverk, vil nok han eller hun være en alminnelig arbeidstaker. Det hele beror igjen på en konkret vurdering, der de reelle forhold skal vise en uavhengighet som er tydelig og åpenbar.

⁵⁸ Ot.prp.nr.41(1975-1976)kap.V pkt. 5 og kap.VIII merknader til § 41a.

Et eksempel fra rettspraksis der kontroll av egen arbeidstid synes å være avgjørende er LE-1991-232, der et heltids hovedverneombud i SAS ble ansett for å ha en særlig selvstendig stilling, jfr. tidl. aml. § 41.

MJ var ansatt i SAS fra 30.9.1971 til 3.11.1986 da han ble avskjediget. Han ble valgt til verneombud i 4.1.1986, og ble da fritatt for sine ordinære arbeidsforpliktelser. Fra 31.1.1986 ble han med i en arbeidsgruppe som skulle planlegge utbyggingen av Fornebu, og verneombudstillingen ble etter dette utført som overtid. MJ mente at stillingen falt innunder de alminnelige arbeidstidsbestemmelsene, og krevde overtidsgodtgjørelse.

Retten kom enstemmig til at stillingen som hovedverneombud måtte anses som særlig uavhengig, og at MJ ikke hadde krav på overtidsbetaling. Det ble tatt utgangspunkt i innholdet av vedkommende stilling generelt, og så lagt til grunn at det ikke ble påvist at noen særlig ordning var avtalt for MJ. MJ hadde stor frihet til selv å organisere sin egen arbeidstid, og det skjedde ingen kontroll med når han kom og gikk fra arbeidet. Arbeidstiden kunne justeres fra dag til dag slik at den i gjennomsnitt tilsvarte normal arbeidstid, og det forelå ikke et system for avspasering. Da MJ ikke klarte å bevise at det forelå en særlig ordning for han, fikk han ikke medhold i sitt krav om overtidsbetaling.

Det sentrale for vurderingen i begge innstanser synes å være kontroll av egen arbeidstid. Det blir lagt avgjørende vekt på at MJ i stor utstrekning kunne organisere arbeidsdagene og ukene selv. Arbeidstakers arbeidsoppgaver og ansvar synes ikke å være vektlagt, men dette er heller ikke fremhevet av partene i retten.

Et noe spesielt tilfelle finnes i LB-2006-44578. To arbeidstakere var ansatt som miljøarbeidere i K-Art AS, hvor C var eneksejer. A og B inngikk en aksjekjøpsavtale med C om kjøp av 10 % av aksjene i selskapet, og deler av vederlaget skulle betales i form av arbeidsinnsats. A og B ønsket å heve avtalen, og det oppsto i den forbindelse en tvist om de hadde adgang til det. Det ble videre et spørsmål om arbeidstakerne hadde oppfylt kravet til arbeidsinnsats etter aksjekjøpsavtalen, og om de kunne kreve overtidsbetaling etter aml.

Partene var enige om at A og B hadde ytet en ekstraarbeidsinnsats tilsvarende 129 timer. Saken inneholder flere problemstillinger, og er ytterligere komplisert siden det er flere aktører på begge sider i tvisten. Jeg skal ikke ta for meg de kontraktsrettslige problemstillingene i saken.

A og B mente at C måtte identifiseres med selskapet, og ønsket å holde C som eneaksjeeier personlig ansvarlig for erstatningskravet. Det blir med andre ord spørsmålet om det kunne skje et ansvarsgjennombrudd. Dette var lagmannsretten avvisende til.

Det videre tvistetema er hvorvidt en aksjekjøpsavtale med eneaksjonæren i virksomheten arbeidstakerne er ansatt i, kan endre arbeidsavtalen arbeidstakerne har med selskapet. Etter alminnelig selskapsrett er de to å anse som to ulike rettssubjekter. Problemstillingen i saken ble etter dette om A og B ble å anse som særlig uavhengige ved at de inngikk en aksjekjøpsavtale med C personlig. Flertallet vurderte ikke problemstillingen direkte, men vurderte A og B arbeidsoppgaver konkret.

Flertallet avviste kort at det var tale om noe ”ledende stilling”, og la vekt på at arbeidstakerne stilte sin arbeidskraft til disposisjon for arbeidsgiver, og at styret og de øvrige i selskapet ikke ble informert om aksjekjøpsavtalen. Videre anså heller ikke flertallet A og B sin stilling som ”særlig uavhengig”, og la avgjørende vekt på kontroll av egen arbeidstid. Arbeidstakerne var bundet av det samme system for vakter som de øvrige i firma, og det var kun ekstravaktene de selv kunne bestemme om de ønsket å ta. Disse vaktene var nødvendig arbeid under andre arbeidstakers sykefravær mv.

Mindretallet gikk nærmere inn på rettsforholdet mellom de forskjellige rettssubjektene, og la til grunn at A og B fikk en særlig uavhengig stilling i kraft av aksjekjøpsavtalen. De la videre avgjørende vekt på at arbeidstakerne kunne kontrollere om de ønsket å ta ekstravaktene, og at de kunne bruke så lang tid de ønsket å oppfylle klausulen om arbeidsinnsats. Videre framhevet de urimeligheten ved at *ekstrainnsats for å bygge opp verdier i eget aksjeselskap, kan anses som lønnskrav ovenfor aksjeselskapet.*

For både flertallet og mindretallet står det sentralt om arbeidstaker hadde adgang til å kontrollere sin egen arbeidstid, ved oppfyllelsen av arbeidsoppgavene. For flertallet synes det å være et tungtveiende argument at arbeidstakeren var underlagt det samme arbeidstidssystem som de øvrige arbeidstakerne. Dette ble også tillagt stor vekt i kommuneledersaken, jfr. punkt 3.3.3.1.

De sakene som oftest byr på problemer i denne sammenheng er der arbeidstakeren tilsynelatende kan disponere sin egen arbeidstid, men hvor mengden og typen arbeidsoppgaver gjør at hverdagen reelt sett blir styrt av arbeidsoppgavene som foreligger. Her som ellers er det alltid det reelle arbeidsforhold som skal legges til grunn. Se mer om dette under punkt 3.3.3.4 og 3.3.3.6.

3.3.3.3 Betydningen av økt fleksibilitet i arbeidslivet som følge av teknologisk utvikling og fleksitid

Som nevnt ovenfor, er det helt sentralt for vurderingen om arbeidstakeren kontrollerer sin egen arbeidstid og arbeider selvstendig. Det er nettopp det at arbeidstakeren har adgang til å disponere sin egen arbeidsuke som gjør de alminnelige bestemmelsene om arbeidstid upraktiske og uhensiktsmessige å anvende. Nye arbeidsmetoder medfører imidlertid at arbeidstakere som i utgangspunktet har stor frihet, i realiteten blir styrt av sine arbeidsoppgaver. Utviklingen i arbeidslivet syntes å gå i retning av en mer selvbestemmende arbeidshverdag.

Den utviklingen av teknologi- og kommunikasjonsmidler som har skjedd de siste årene, har medført at arbeidshverdagen nå organiseres annerledes enn tidligere. Mulighetene til *faktisk* å arbeide selvstendig har forandret seg, og mange er ikke knyttet til arbeidsplassen rent fysisk i like stor grad som tidligere. Forarbeidene til 1977-loven, som i stor grad vektla kontroll av egen arbeidstid, må ses i lys av en utvikling som vanskelig kunne forutses på midten av det forrige århundre.

Den type teknologiske hjelpemidler det siktes til er blant annet bærbar datamaskiner som kobles opp mot et intranett og arbeidsplassens egen e-post, slik at arbeidet kan gjøres hjemmefra (hjemmekontor). Mobiltelefoner har blitt allemannseie, og det å motta e-post på mobilen blir mer og mer vanlig. Slik kan mye av arbeidet gjøres utenfor arbeidsplassen, og mye kan gjøres til de tider arbeidstakeren selv ønsker. Det er lettere å kontakte arbeidstakerne også utenom arbeidstid, slik at skille mellom arbeidstid og fritid blir stadig mer flytende. Internasjonaliseringen som skjer og ulike tidssoner bidrar også til at arbeidstakere i enkelte stillinger må være tilgjengelige til andre tider enn hva som var tilfelle før. Selv om hverdagen tilsynelatende blir mer selvbestemmende, kan ikke bruken av slike kommunikasjonsmidler i seg selv gi arbeidstakeren en særlig uavhengig stilling. Her som ellers må det foretas en konkret vurdering av arbeidsoppgavene og ansvaret. Slike kommunikasjonsmidler kan også i større grad medføre kontroll og økt arbeidspress som følge av tilgjengelighet, slik at arbeidstaker vil ha behov for det vern loven tilbyr.

Det har også blitt vanlig for arbeidstakere å inngå fleksitidsavtale med arbeidsgiver. Slik kan arbeidstakeren arbeide mye i enkelte perioder, for så å ha kortere dager de neste ukene. Dette kan lett gi inntrykk av at han eller hun kontrollerer sin egen arbeidstid i det at vedkommende selv, innenfor visse rammer, kan velge når arbeidsdagen begynner og slutter. For de fleste fleksitidssystemer foretas det nøye kontroll av når arbeidstakerne kommer og går, og det fastsettes en kjernetid der arbeidstakeren skal stå til arbeidsgivers disposisjon. En slik fast kontroll med når arbeidstaker kommer og går, vil antagelig være et avgjørende moment mot at stillingen er særlig uavhengig.

3.3.3.4 Særlig om prosjektledelse og prosjektarbeid

Det kan virke som loven er utarbeidet med sikte på en tradisjonell hierarkisk oppbygget virksomhet, med ledelsen øverst klart avskilt fra de øvrige alminnelige arbeidstakerne. Utviklingen i arbeidslivet har medført at nye arbeidsmetoder har blitt utviklet. Prosjektarbeid medfører en flatere organisasjonsstruktur, som tilsynelatende gir medarbeiderne en større grad av frihet med hensyn til hvordan arbeidsoppgavene skal

utføres. Den flate strukturen kan f.eks. medføre at ”prosjektledere” ikke har noen reell adgang til å delegere arbeidsoppgaver til andre.

Forarbeiderne omtaler særlig prosjektmedarbeidere, og presiserer at disse arbeidstakerne som utgangspunkt skal omfattes av de alminnelige bestemmelsene om arbeidstid.

Prosjektmedarbeidere blir i realiteten styrt av sine arbeidsoppgaver, selv om det kan framstå som om stillingen gir stor frihet. Dette kan også være tilfelle selv om arbeidstakeren har stillingsbetegnelsen ”prosjektleder” e.l.⁵⁹ Det må foretas en konkret vurdering, der de reelle forhold legges til grunn.

I LB-2007-101453 ble en arbeidstaker med stillingstittelen ”utviklingsleder” for et programvareselskap verken ansett for å være ansatt i en ledende eller særlig uavhengig stilling. Arbeidstakeren fikk medhold i sitt krav, og etterbetalt det han skulle ha hatt i overtidsgodtgjørelse. Lagmannsretten tok utgangspunkt i arbeidstakerens stillingstittel og stillingsbeskrivelse, og foretok en konkret vurdering av det faktiske innholdet i arbeidstakers arbeidsoppgaver og ansvar. Kjernen av drøftelsen var om arbeidstakerens stilling reelt sett innebar kontroll over utformingen av prosjektet, samt personal- og/eller budsjettansvar.

Arbeidet var organisert i form av allerede fastlagte moduler og milepæler, og frister for når hver del av arbeidet skulle være ferdigstilt var strenge. Arbeidet ble overprøvd, og ble ikke fristen overholdt, straffet det seg i form av økt arbeidsmengde i perioden fram til neste milepæl. Selv om arbeidstakeren hadde en viss frihet mht. hvordan arbeidet skulle organiseres, hadde han ingen innflytelse når det gjaldt utformingen av modulene. Arbeidsoppgavene førte til en arbeidstid på mellom 50 til 90 timer i uken, som han i liten grad kunne kontrollere selv. Stillingsbeskrivelsen tilla heller ikke utviklingslederen noe budsjett eller personalansvar i form av delegasjonskompetanse eller myndighet til å ansette nye arbeidstakere.

⁵⁹ Ot.prp.nr.49(2004-2005) se merknader til § 10-12(2).

Prosjektarbeid krever ofte en økt samhandling og avhengighet av andre, og tilstedeværelse oppleves derfor som et krav. Arbeidstiden blir avhengig av framdriften av andres arbeid og/eller andre forhold arbeidstaker selv ikke kan kontrollere.⁶⁰ Avgjørelsen ovenfor tilsier at kjernen for vurderingen blir i hvilken grad man har en innflytelse når det gjelder selve utformingen og planleggingen av arbeidet. Det avgjørende i saken var at arbeidstakeren ikke hadde beslutningsmyndighet i forhold til utformingen av modulene og milepælene. Videre vil det også være sentralt om arbeidstakeren har en reell mulighet til å delegere arbeidsoppgaver til andre på prosjektet.

I LH-2007-191174, ble en prosjektleder/ingeniør med spesielt ansvar for flyplassbelysning ikke ansett for å ha en særlig uavhengig stilling.

Retten tok utgangspunkt i lovens ordlyd og forarbeider, og slo fast at prosjektarbeid som utgangspunkt er omfattet av lovens alminnelige regler om arbeidstid. Deretter gikk retten konkret gjennom de arbeidsoppgaver og ansvarsområder stillingen besto av. Det forelå ingen skriftlig arbeidsavtale mellom partene, så det faktisk utførte arbeidet ble avgjørende for vurderingen.

Utgangspunktet for vurderingen var hvilken reell beslutningsmyndighet A hadde som prosjektleder. Han var underlagt en daglig leder som bestemte prosjektplanen, og som også leide han ut mot hans vilje. A følte betydelig press, og oppfattet overtiden som pålagt, avtalt og ønsket fra arbeidsgivers side. Han hadde noe høyere lønn enn andre i virksomheten, men betydelig lavere enn montører ellers i markedet. 30 % av arbeidet var ingeniør- og kontorarbeid, mens 70 % var montørarbeid. Mye av arbeidet var rutinepreget, selv om kalkulasjonene i liten grad ble overprøvd. Han hadde ingen adgang til å delegere arbeidsoppgaver, og ute på anleggene fungerte han stort sett som en arbeidsformann for montørene. Flertallet kom til at As arbeidstid ble styrt av prosjektets framdrift, og at han

⁶⁰ NOU1992:20 s.153

hadde liten innflytelse på når det var ønskelig og hensiktsmessig å arbeide. Mindretallet anså A for å ha stor frihet, og la vekt på As selvstendige ansvar for å få ferdigstilt prosjektene.

Avgjørelsen belyser noen av problemene når man skal vurdere arbeid i prosjekt. Arbeidsoppgavene er ofte sammensatt, og arbeidssituasjonen er ofte avhengig av mange faktorer man ikke selv kan styre over. Begrunnelsen tyder videre på at dette kan være å anse som et grensetilfelle. Det er også disses i dommen.

Lønnens størrelse som moment ble vurdert forskjellig av flertallet og mindretallet. Mer om lønn under neste punkt.

3.3.3.5 Lønnens betydning

Lønnens størrelse benyttes ofte som begrunnelse for å unnta arbeidstakere fra arbeidstidskapittelet. Begrunnelsen er gjerne den at overtidsbetalingen er ”innbakt” i fastlønnen.⁶¹ Som regel springer konflikten mellom arbeidsgiver og arbeidstaker ut av uenighet om lønnens størrelse og krav på overtidsbetaling. Dette var problematisk for Direktoratet for Arbeidstilsynet da de hadde vedtakskompetanse for denne typen saker. Deres kompetanse omfattet ikke forhandling om lønn og lønnssystemer. I direktoratets avgjørelser, konstanteres det kun om arbeidstakeren skal unntas fra arbeidstidsbestemmelsene eller ei. Den nærmere beregningen av overtidsbetalingen, var det opp til partene å komme frem til. Se punkt 1.4 om den betydningen dette kan ha for avgjørelsens vekt som rettskilde. Her tar jeg kun for meg lønnens størrelse som moment i totalvurderingen av om en stilling er særlig uavhengig. Vurderingen av adgangen til å avtale andre ordninger og hva arbeidstaker kan kreve i overtidsgodtgjørelse ved medhold, tar jeg for meg under hhv. punkt 3.5 og 3.6.2.

⁶¹ SENTIO del I s.38, arbeidsgiverne oppgir 8 % unntas med den begrunnelsen.

Forarbeider viser til at arbeidstakere i ledende og særlig uavhengige stillinger ofte har et lønnsnivå som forutsetter at arbeidstakeren har en arbeidsinnsats utover alminnelig arbeidstid. Dette selv om det ikke reguleres særskilt eller på annen måte er presisert i arbeidsavtalen.⁶² I følge Arbeidstilsynets praksis⁶³, vil lønnens størrelse være et moment i vurderingen uten å være avgjørende i seg selv.

I vurderingen er det viktig å holde fast ved utgangspunktet om at lønnens størrelse kun kommer inn som et moment i grensetilfelle. En felles forståelse av stillingen er ikke tilstrekkelig, dersom den etter en konkret vurdering av arbeidssituasjonen reelt sett ikke er særlig uavhengig.

En sentral problemstilling når det gjelder lønn som tolkningsmoment er hvordan størrelsen skal bedømmes. Det kan forligge ulike lønnsnivåer innen den enkelte bransje, og det kan vanskelig svares generelt på om lønnen skal vurderes i forhold til vedkommende virksomhet eller markedet ellers. Problemstillingen sto sentralt i LH-2007-191174, jfr. punkt 3.3.3.4. Flertallet kom til at lønnen måtte vurderes i forhold til virksomheter ellers i markedet, mens mindretallet mente det måtte vurderes i forhold til stillinger i den enkelte virksomhet. Siden det er dissens i dommen, sammenholdt med at dette er en underrettsdom med en knapp begrunnelse, er det uklart hvilken presedensverdi avgjørelsen vil få. Lønn som moment i vurderingen av innholdet i arbeidstakers stilling har i praksis hatt betydning på noe ulik vis.

I TOSLO-2005-169978 var en arbeidstaker med stillingsbetegnelse ”hovmester” unntatt fra tidl. aml. kapittel X. Arbeidstakeren var oppsagt fra stillingen. Tvisten dreide seg om prøvetiden var utløpt slik at oppsigelsestiden på tre måneder kom til anvendelse, og om arbeidstaker hadde krav på overtidsgodtgjørelse etter aml. Jeg tar kun for meg den siste problemstillingen, hvor vurderingen av lønn sto sentralt.

⁶² Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.180

⁶³ Arbeidsrett.no(2006)s. 478

Retten tar utgangspunkt i lovens ordlyd, og konstaterer at det må være tale om selvstendighet av en viss styrke for at arbeidstakeren skal kunne unntas fra de alminnelige bestemmelsene om arbeidstid. Retten gikk så gjennom de konkrete arbeidsoppgavene stilling besto av, og vektla også at arbeidstakeren fikk utlevert samme stillingsinstruks som bartenderne og servitørene.

Lønnens størrelse som moment ble trukket inn i vurderingen på to ulike måter. For det første ble den trukket inn for å belyse de intensjoner partene hadde ved inngåelsen av avtalen, dvs. for å avdekke om partene hadde en felles forståelse av arbeidsavtalens innhold. For det andre ble den faste månedslønnen på kr. 25 000,- trukket inn som et eget moment i vurderingen. Det faktum at det var avtalefestet en fastlønn, ble ikke ansett som tilstrekkelig i seg selv til å avskjære arbeidstaker fra å ha krav på overtidsgodtgjørelse.

På den ene siden kan lønnen benyttes som et bevismoment for å avdekke hva partene mente ved inngåelsen av arbeidsavtalen, dvs. avtalepartenes syn på stillingens innhold. Dette var tilfelle i den sistnevnte avgjørelsen. På den andre siden kan lønnens størrelse vurderes objektivt sett, som et moment i grensetilfelle for hva som faller innunder unntaket.

For en særlig uavhengig stilling, kan problemet videre være at ”uavhengigheten” gjør det vanskelig å kunne sammenlikne lønnens størrelse innad i virksomheten. Arbeidsoppgavene kan skille seg fra de øvrige ansatte på en slik måte at det er uklart hvem man bør sammenlikne seg med. For disse tilfelle vil det etter mitt syn være mest hensiktsmessig å ta utgangspunkt i lønnsnivå i samme virksomhet, og at nivået arbeidsmarkedet ellers kun trekkes inn dersom holdbarheten av denne vurderingen er usikker.

For å kunne avdekke hva partene har ment, virker det mest hensiktsmessig å ta utgangspunkt i lønnsnivået innen den aktuelle virksomhet. Det er disse lønningene arbeidsgiver styrer over, og å vurdere nivået i forhold til de øvrige arbeidsavtalene kan gi en indikasjon på hva slags nivå som var tiltenkt arbeidstaker. Arbeidstaker på sin side

kjenner muligens ikke til lønningene til de øvrige ansatte, slik at arbeidstaker ved inngåelsen av arbeidsavtalen kan ha sammenliknet lønnen med nivået ellers i markedet.

I praksis synes det i å være et relevant argument om partene var enige ved inngåelsen av arbeidsavtalen, herunder om arbeidstaker får kompensasjon i form av høyere lønn eller andre former for godtgjørelse. Det er viktig å holde fast ved utgangspunktet om at dette ikke vil være tilstrekkelig i seg selv, dersom arbeidsoppgavene ikke tilsier at stillingen er særlig uavhengig. Hvor stor vekt slike forhandlinger ved arbeidsavtaleinngåelsen vil ha, er det derfor vanskelig å kunne svare generelt på da det vil bero på de øvrige momenter i saken. Dette vil imidlertid aldri være tilstrekkelig begrunnelse i seg selv. Forhandlinger om lønnsbetingelser vil nok ha større betydning ved beregning av kravet mot arbeidsgiver dersom arbeidstaker først får medhold, jfr. punkt 3.6.2. Se også punkt 3.5 om partenes adgang til å avtale andre ordninger for arbeidstid og lønn.

3.3.3.6 Nøkkelpersoner og ansvar grunnet faglig kompetanse

Man ser i praksis at arbeidstakere som innehar spesielle kvalifikasjoner i virksomheten, og som av den grunn fatter mange selvstendige avgjørelser, anses som "særlig uavhengige" med den begrunnelse at vedkommende er å anse som en nøkkelperson. Den særlig faglige kyndigheten som arbeidstakeren har, gir frihet med hensyn til hvordan arbeidsoppgavene løses, og det skjer liten kontroll med det arbeidet som blir utført.

Et eksempel på en slik spesiell kompetanse, som vi ofte ser i praksis, er en IT-ansvarlig ansatt i en bedrift. Det forventes at vedkommende stiller på kort varsel, og dersom det oppstår feil ved datasystemet arbeider tidlig og sent til systemet er oppe og går igjen. Det må vurderes konkret om slike stillinger skal omfattes av unntaket om særlig uavhengig stilling. Som regel vil arbeidstakeren ha liten kontroll over egen arbeidstid og arbeidssituasjon, og friheten vil ofte knytte seg utelukkende til den faglige kompetansen. Dette er forhold som taler mot at arbeidstakeren er særlig uavhengig.

I RG 1996 s. 1143, var en virksomhet siktet for ulovlig bruk av overtid, jfr. tidl. aml. §§ 41, 50, 85 og strl. §§ 48 a og b (foretaksstraff). Kjernen i saken var om tre arbeidstakere var ansatt i særlig uavhengige stillinger, og at bruken av overtid dermed var lovlig og ikke straffbar. Virksomheten ble idømt bøter for ulovlig bruk av overtid for to av virksomhetens ansatte, men ble under tvil frifunnet for en tredje. Lagmannsretten viste til herredsrettens begrunnelse. Den særlig uavhengige arbeidstakeren var organisatorisk rangert som nummer tre i hierarkiet, men fått delegert ansvarsområder og utførte flere oppdrag utad. Samtidig var den reelle og formelle situasjon i virksomheten uklar, det forelå heller ikke et organisasjonskart. Herredsretten la *vesentlig vekt på NNs faglige bakgrunn og ekspertise, og at NN må kunne karakteriseres som noe av en nøkkelperson så vel innad i bedriften, som utad mot oppdragsgiverne*. Påtalemyndigheten bestridte ikke i lagmannsretten at arbeidstakeren var en nøkkelperson for virksomheten, men mente dette kun var knyttet til *praktiske gjøremål som følge av hans fagkunnskap og allsidighet*. Lagmannsretten viste kun til herredsrettens begrunnelse, uten å kommentere det noe nærmere.

I forarbeider til 2005 loven,⁶⁴ presises det at det må være forhold utover det å beherske et fag som tilsier at stillingen er ”uavhengig”. Stillingen som sådan må være overordnet og ansvarsfull, og ikke kun den faglige kompetansen. I lagmannsrettsdommen kan det synes avgjørende at arbeidstaker var en nøkkelperson. Sett i lys av nyere forarbeider, kan det settes spørsmålstegn ved om utfallet kunne blitt et annet. Begrunnelsen er likevel knapp, så det er vanskelig å si om friheten utelukkende knyttet seg til den faglige kyndigheten. Dersom det også foreligger andre arbeidsoppgaver og ansvarsområder som tilsier at arbeidstaker er en ”hjørnestein” i bedriften, vil vedkommende kunne vurderes som særlig uavhengig.

Et eksempel på at frihet mht. faglige vurderinger ikke har vært tilstrekkelig for å karakterisere stillingen som særlig uavhengig, finnes i en avgjørelse fra Arbeidstilsynet vedrørende en lege ansatt i den kommunale helsetjenesten. Kommunelegen var

⁶⁴ NOU2004:5, pkt.23.10 merknader til a)

organisatorisk underlagt kommunenes styring og kontroll med hensyn til arbeidsmengde og arbeidstid. Når det gjelder den faglige vurderingen av arbeidsoppgavene, sto legen i stor grad fritt. Selv om det forelå noen retningslinjer og instruksjoner ble ikke legens avgjørelser overprøvd. Direktoratet uttaler; *At arbeidsgiver, for eksempel på grunn av manglende faglig kompetanse, ikke overprøver arbeidstakers vurderinger i den enkelte sak er ikke uvanlig uansett graden av arbeidstakers selvstendighet i arbeidet for øvrig. Dette poenget kan ikke i seg selv være tilstrekkelig.*

Avgjørelsen viser at selv om arbeidstakeren utførte arbeidsoppgaver som ikke ble overprøvd av overordnede, kunne han ikke anses som særlig uavhengig. Han hadde fast timeantall per uke, og uavhengigheten synes også å ha utelukkende knyttet seg til de faglige vurderingene. Selv disse var likevel underlagt kontroll i form av instruksjoner for behandlingsmåter. Skal en nøkkelperson defineres som særlig uavhengig, kreves det som nevnt forhold utover den faglige kyndigheten som tilsier at arbeidstakeren er uavhengig.

3.4 Forholdet til EU-retten

Arbeidsmiljøloven er i stor utstrekning basert på EU-direktiver, som EØS-komiteen har besluttet innlemmet i EØS-avtalen. Arbeidstidsbestemmelsene har blitt endret en rekke ganger for å harmonisere med våre internasjonale forpliktelser. 4.11.2003 vedtok Europaparlamentet og Rådet i EU direktiv 2003/08/EF om visse aspekter i forbindelse med tilretteleggelsen av arbeidstiden. Direktivet erstattet to tidligere direktiver om arbeidstid⁶⁵, og ble innlemmet i EØS-avtalen ved EØS-komiteen beslutning nr.45/2004 av 23.4.2004 om endringer i vedlegg XVIII i EØS-avtalen.⁶⁶

Arbeidstidsdirektivet omfatter alle arbeidstakere, både i privat og offentlig sektor. Bestemmelsene gir rett til blant annet hvilepauser og begrenser nattarbeid, og har til formål

⁶⁵ Rådsdirektiv 00/34/EF og Rådsdirektiv 93/104/EF.

⁶⁶ Fougner(2006)s.410-411

å etablere en arbeidsordning som verner arbeidstakers helse og sikkerhet. Unntak fra de alminnelige reglene finnes i artikkel 14, 17, 18 og 19.⁶⁷

Arbeidstidsdirektivets artikkel 17 åpner for å unntak der ”arbeidstidens varighet på grunn av særlige trekk ved den virksomheten som utføres, ikke måles og/eller forhåndfastsettes eller kan fastsettes av arbeidstakerne selv”. Det er en forutsetning for unntak at ”arbeidstakernes helse og sikkerhet overholdes”. Videre listes opp en del eksempler på arbeidstakere som kan unntas. Aml. § 10-12 (2) er i overensstemmelse med art. 17 (1) a) andre alternativ⁶⁸: ”andre personer med uavhengig beslutningsmyndighet”. I direktivet er dette likevel kun et eksempel.

Når det gjelder forholdet til norsk rett, ble det uttalt i NOU 2004:5 at norsk rett må anses å oppfylle direktivets alminnelige prinsipper om vern av arbeidstakers helse og sikkerhet. § 10-12 (2) er det presisert at § 10-2 (1), (2) og (4) likevel skal komme til anvendelse.⁶⁹

3.5 Adgang til å avtale andre ordninger, lovens preseptoriske karakter

Det har i enkelte bransjer utviklet seg en praksis der arbeidstakere unntas fra arbeidstidsbestemmelsene med den begrunnelse at overtidsbetalingen er inkludert i fastlønnen. Det som blir følgen av dette er at arbeidstakeren blir unntatt fra bestemmelsene om overtidsbetaling, uten noen egentlig begrunnelse. Den rettslige problemstilling blir i hvilken grad partene har adgang til å avtale andre lønnsystemer, når loven har vedtatt et bestemt system.

Arbeidsmiljøloven setter opp rammer for arbeidslivet, og er preseptoriske til gunst for arbeidstakeren, jfr. aml. § 1-9. Arbeidstaker er ansett som den svakere part i avtaleforholdet, og gitt rettigheter for å styrke sin stilling. For alminnelige arbeidstakere

⁶⁷ Jfr. 2003/08/EF fortale og art.1

⁶⁸ Arbeidsrett.no(2006)s.479

⁶⁹ Se pkt.3.2

bestemmer § 10-6 (11) at arbeidstakeren har krav på ett tillegg til alminnelig lønn, og som skal utgjøre minst 40 %. Partene kan etter dette inngå en lønnsavtale, forutsatt at denne innebærer en overtidsordning som tilsvarer et 40 % tillegg til alminnelig lønn eller bedre. Se eksempelvis TOSLO-2005-169978,⁷⁰ der arbeidstaker anfører atter subsidiært at saksøkte har akseptert at arbeidstaker skal få overtidsgodtgjørelse.

Når loven regulerer et bestemt system for lønn og overtid, kan ikke partene i avtaleforholdet stå helt fritt til å avtale de løsninger de ønsker. Som nevnt ovenfor, er dette et politisk omstridt tema hvor flere offentligrettslige hensyn har betydning. Sett i sammenheng med at loven er en vernelov for arbeidstaker, kan det helt klart ikke vært opp til partene å finne fram til de løsninger som passer for dem uten å ta hensyn til loven. Når loven stiller opp bestemte unntak for de tilfelle der overtidsbestemmelsene kommer til anvendelse, er disse reglene gitt for å verne om den svakere part i arbeidsforholdet. Dersom man åpner for at virksomheter skal kunne vedta sitt eget system, ved å avtale at overtidsbetalingen er innbakt i lønnen, vil arbeidstidskapittelet bli uthulet. Praksisen vil også indirekte ha betydning for flere enn de konkrete partene i avtaleforholdet, da dette vil påvirke bransjen generelt. Se også punkt 2.1.3 ovenfor om sosial- og fordelingspolitiske hensyn.

I mange arbeidsforhold, er det imidlertid ikke alltid slik at arbeidstakeren har en så svak posisjon som loven synes å legge opp til. Mange av arbeidstakerne i de aktuelle stillingene er ressurssterke, og partene kan ha inngått en arbeidsavtale med gunstige avtalevilkår og frynsegoder, f.eks. bonussystemer og adgang til opsjonsavtaler. Her vil ikke de vernehensyn som ligger til grunn for arbeidstidsbestemmelsene gjøre seg gjeldende i like stor grad, og arbeidstaker vil ikke ha den samme beskyttelsesverdige interesse. Virksomheten kan videre også hevde at arbeidsavtalen medfører gunstigere avtalevilkår enn det arbeidstaker ville ha mottatt, dersom lønnen var sammensatt av grunnlønn pluss et 40 % overtidstillegg. Dersom overtidsgodtgjørelsen på denne måten er innbakt i lønnen, vil

⁷⁰ Saksforhold redegjort for under punkt 3.3.3.5.

dette i utgangspunktet innebære en gunstigere ordning for arbeidstaler. Siden ikke lønnsutbetalingen er direkte knyttet til overtidarbeidet, blir det likevel uklart om en slik avtale vil være gyldig.

Som tidligere nevnt er § 10-6 (11) vedtatt dels for å virke preventivt på bruk av overtid, og dels for å gi arbeidstaker kompensasjon for overtidarbeidet. Dette taler mot at partene kan avtale en annen ordning for lønn og arbeidstid. Der arbeidstaker mottar fast lønn uavhengig av antallet arbeidstimer, vil det ikke foreligge et konkret tillegg som kan tilbakeføres til overtidstimene slik § 10-6 (11) legger opp til. Det preventive formålet vil da ikke komme til anvendelse, og arbeidstaker vil heller ikke motta noen ekstra kompensasjon tilknyttet det konkrete arbeidet. Arbeidstakers muligheter til å vurdere om virksomhetens ordning tilfredsstiller lovens krav, vil være bort i mot umulig.

I LH-2007-191174 som jeg har referert til under punkt 3.3.3.4, var det sentrale tvistespørsmålet i saken var hvorvidt *A stilling er unntatt fra arbeidsmiljølovens arbeidstidsregler, slik at det har vært adgang til å avtale fast lønn som inkluderer godtgjørelse for overtidarbeid*. Motsetningsvis, kreves det en begrunnelse for å kunne avtale andre ordninger. Dommen åpner ikke for at dette kan være lovlig der arbeidstaker har særdeles gode vilkår.

Det er uklart om en slik arbeidsavtale vil være gyldig etter gjeldende rett, men tungtveiende grunner taler for at avtalen skal settes til side. Dersom retten kommer til at arbeidstaker ikke har en ”særlig uavhengig stilling”, har vedkommende som utgangspunkt krav på overtidsgodtgjørelse tilsvarende et 40 % tillegg av alminnelig lønn. Rettspraksis har imidlertid vurdert det slik, at arbeidstaker ikke skal få utbetalt overtiden to ganger.⁷¹ Den kompensasjon som arbeidstaker allerede har mottatt i form av høyere lønn, bonusordninger mv., skal derfor komme til fradrag. Resultatet kan følgelig bli at det konstanteres at parten

⁷¹ LH-2007-191174, se hele saksforholdet under 3.3.3.4

faller utenfor unntaket, men at det ikke gjenstår noe å utbetale i erstatning etter at den allerede mottatte godtgjørelsen har kommet til fradrag. Se mer om dette under punkt 3.6.2.

3.6 Kravets størrelse dersom arbeidstakeren får medhold i sitt krav på overtidbetaling

3.6.1 Generelt om brudd på arbeidsmiljøloven

Arbeidsgiver og den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten er forpliktet til å overholde arbeidsmiljølovens bestemmelser, jfr. aml. § 2-1, jfr. § 1-8. Overtredelse av arbeidsgivers plikter etter loven er sanksjonert med straffeansvar, jfr. § 19-1 og § 19-3. Manglende utbetaling av lønn er imidlertid ikke straffbart, jfr. § 19-1 (4), slik at arbeidstaker må gå til sivil rettssak for å få utbetalt lønn. Kapittel 10 om arbeidstid er ikke unntatt etter § 19-1 (4), slik at arbeidsgivers overtredelse av § 10-12 (2) og ulovlig bruk av overtid, jfr. § 10-6, vil følgelig være straffbar. For sivile søksmål gjelder som utgangspunkt tvistelovens og domstollovens alminnelige regler, jfr. § 17-1.

3.6.2 Krav som følge av brudd på arbeidsavtalen og arbeidsmiljøloven

Arbeidsgiver er forpliktet til å overholde arbeidsmiljøloven og arbeidsavtalen med arbeidstaker, jfr. § 2-1. Dersom avtalen strider mot loven til arbeidstakers ugunst, går lovens bestemmelser foran, jfr. § 1-9. Det kan settes spørsmålsteget ved om det er tale om et erstatningskrav eller en fordring arbeidstaker har på arbeidsgiver. Rettspraksis har vært noe unyansert. I enkelte dommer benyttes en erstatningsrettslig terminologi⁷², mens i andre benyttes en pengekravsterminologi.⁷³ Kravet springer ut av et arbeidsforhold, men det foreligger ikke brudd på selve arbeidsavtalen. Den rette terminologien må være at arbeidstaker har en fordring på arbeidsgiver, som springer ut av aml. preseptoriske regler.⁷⁴

⁷² F.eks. LB-2006-44578

⁷³ F.eks. LH-2007-191174

⁷⁴ Op.cit.

For å kunne fastslå hvor mye arbeidstaker kan kreve etterbetalt i lønn, må det tas utgangspunkt i arbeidsmiljølovens alminnelige regler. I rettspraksis har framgangsmåten vært noe ulik. I LH-2007-191174 ble det foretatt en todelt vurdering. Først ble det avklart om arbeidstaker i det hele tatt ville hatt krav på overtidsbetaling, så ble størrelsen på overtidstillegget beregnet. I de øvrige avgjørelsene der arbeidstaker har fått medhold, synes vurderingen å gå direkte på utmålingen uten å ta stilling til om overtiden ble ansett som pålagt. Stort sett har partene likevel vært enige i beregningen av lønnskrevet, dersom arbeidstaker først får medhold. Arbeidstaker vil også kunne kreve å få utbetalt feriepengene.

Av aml § 10-6 følger både materielle og prosessuelle begrensninger for at arbeidsgiver skal kunne pålegge arbeidstakerne å arbeide overtid. Det foreligger blant annet et krav om et ”særskilt og tidsavgrenset behov”, jfr. (1). Etter (11) må arbeidsgiver betale arbeidstaker minimum 40 % tillegg til vanlig lønn. Selv om det viser seg i ettertid at arbeidsgiver ikke hadde adgang til å pålegge overtiden, skal arbeidstaker likevel ha krav på overtidsgodtgjørelse.⁷⁵

I Rt.1998s.1357 hadde en arbeidstaker i forskjellige stillinger til sammen arbeidet utover den alminnelige arbeidstid på 40 timer i uken, og krevde overtidsgodtgjørelse. Oslo Kommune som arbeidsgiver mente de ikke var forpliktet, da overtidsarbeidet ikke var pålagt. Retten sa seg enig i at arbeidsgiver må ha samtykket i overtidsarbeidet for at arbeidstaker skal kunne kreve overtidsgodtgjørelse. Arbeid utelukkende på eget initiativ kunne ikke gi grunnlag. Et krav kunne likevel foreligge dersom det fulgte av sedvane eller som følge av et akutt behov der arbeidsgiver ikke kunne nås. I dommen ble det lagt til grunn at avtalen var inngått med personer som hadde myndighet på vegne av Oslo Kommune, og at arbeidet ble utført i forståelse med arbeidsgiver. Arbeidstaker fikk derfor medhold i sitt krav om overtidsbetaling. Avgjørelsen viser at det skal lite til før overtidsarbeid utløser et krav på overtidsgodtgjørelse.

⁷⁵ Fougner(2006)s.451, jfr. Rt.1998s.1357

Ved en forfremmelse i en virksomhet, får man regelmessig en lønnsøkning. Som nevnt ovenfor, er en slik lønnsøkning for ansatte i ledende og særlig uavhengige stillinger ofte ment som en kompensasjon for økt arbeidstid. Dersom det senere viser seg at stillingen reelt sett ikke var særlig uavhengig, og arbeidstakeren følgelig har krav på overtidsbetaling, blir det vanskelige spørsmålet hvordan man skal beregne overtidsgodtgjørelsen som arbeidstakeren har krav på.

Spørsmålet om erstatningsutmålingen sto sentralt i LH-2007-191174.⁷⁶ A ble ansatt i virksomheten i 1997. Han arbeidet som ingeniør/prosjektleder fra 1999, og mottok fra da av fast månedslønn på kr. 23 000,- i måneden. I 2003 mottok A en lønnsøkning på kr. 5 000,-. Arbeidstakers krav omfattet overtidsgodtgjørelse, mertid, feriepenger og håndpenger⁷⁷ for til sammen ni måneder i 2003 og 2004. A var mye fraværende grunnet sykdom som følge av en arbeidsulykke i denne perioden. Det er dissens i dommen, og det var kun flertallet som tok stilling til erstatningsutmålingen. Partene var videre enige om at saken skulle behandles etter 1977-loven, da det ikke er inngått en avtale om å fravike lovens ordning.

Retten tok først utgangspunkt i om vilkårene for overtidsgodtgjørelse var oppfylt, og legger til grunn at arbeidsgiver må anses å ha samtykket til As overtidsarbeid, jfr. Rt.1998s.1357.⁷⁸

Retten la videre til grunn at lønnsøkningen som fant sted i 2003 dels skulle kompensere for en generell lønnsøkning, og dels skulle kompensere for økt arbeidsinnsats som følge av økt antall oppdrag i virksomheten. Videre uttaler retten av *Beløpet som var tiltenkt som økonomisk kompensasjon for forventet arbeid utover ordinær arbeidstid må gå til fradrag i A krav mot arbeidsgiver.* Denne generelle uttalelsen begrunnes ikke direkte, men må

⁷⁶ Saksforholdet redegjort for under punkt 3.3.3.4

⁷⁷ Håndpenger var en ulegitimert kompensasjon på kr. 60,- per dag, til dekning av utgifter ved overnatting ute på anleggene.

⁷⁸ Se saksforholdet ovenfor.

vurderes slik at arbeidstaker ikke kan kreve mer enn det vedkommende skulle hatt etter arbeidsmiljølovens alminnelige regler. Den kompensasjon som allerede er mottatt i form av økt lønn, skal ikke utbetales to ganger.

Etter en skjønnsmessig vurdering, antar retten at kr. 4000,- per måned skal komme til fradrag, dvs. kr. 36 000,- for ni måneder.

Da rettens vurdering er skjønnsmessig, er det uklart hvilket beregningsgrunnlag som er benyttet. Retten legger til grunn at en lønnsøkning skjer dels som følge av en generell økning og dels som følge av økonomisk kompensasjon for økt arbeidsinnsats. Det tas ikke hensyn til at lønnsøkninger skjer regelmessig også som følge av at med flere oppdrag følger et økt ansvar, og mer krevende arbeidsoppgaver. Dette er helt klart noe retten bør legge vekt på i beregningen av kravets størrelse.

Partene i tvisten var videre uenige om hvor mye A hadde arbeidet overtid. A har lagt fram detaljerte timelister, men de er levert sent og virksomheten har innvent at de ikke har mulighet til å kontrollere om de stemmer. Etter alminnelig pengekravsrett, må den som framsetter et krav dokumentere kravet. Retten vurderte listene skjønnsmessig, og fant det godtgjort at han har arbeidet *60 timer mer per måned enn lønnen forutsatte*.

Arbeidstaker krevde som nevnt også håndpenger.⁷⁹ Ordningen fulgte av tariffavtalen med montørene, som A ikke var part i. Rett til håndpenger fulgte heller ikke av As stillingskategori, og han måtte derfor på annen måte bevise at en muntlig avtale forelå. Det fant lagmannsretten at ikke tilstrekkelig bevist.

Avgjørelsen viser hvordan retten gjennomgår grunnlaget for hver enkelt krav, og undersøker om det er noe arbeidstaker faktisk ville mottatt dersom vedkommende ikke var unntatt etter § 10-12. Kompensasjon for arbeid utover avtalt arbeidstid som arbeidstaker

⁷⁹ Se note 77.

allerede har mottatt i form av høyere lønn, kommer til fradrag slik at arbeidstaker ikke får godgjort overtiden to ganger. Dette kan teoretisk medføre at arbeidstakeren ikke får etterbetalt lønn i det hele tatt. Dersom retten kommer til at parten er en alminnelig arbeidstaker, kan det tenkes at arbeidstakeren allerede mottar høy lønn, bonus og andre gunstige avtalevilkår, slik at det ikke gjenstår noe når dette kommer til fradrag. Det foreligger likevel ingen rettsavgjørelse som viser hvordan andre avtalevilkår enn økt fastlønn vil ha betydning ved beregningen av kravet.

Som nevnt i punkt 3.5, har partene adgang til å inngå en gunstigere arbeidsavtale for arbeidstaker enn det loven legger opp til. Det er likevel uklart om partene som følge av dette kan avtale sitt eget lønssystem, når loven har vedtatt et bestemt system. Det er videre vanskelig å vurdere om virksomhetens ordning er gunstigere enn lovens ordning.

I LB-2006-44578 gjorde arbeidstakerne gjeldende at aml. er preseptorisk, jfr. tidl. aml. § 5, og gir rett til overtidsbetaling, jfr. tidl. aml. § 49. Saksforholdet er redegjort for under punkt 3.3.3.2.

Lagmannsretten kom imidlertid ikke til at arbeidstakerne A og B hadde krav på overtidstillegg etter lovens alminnelige regler om 40 % tillegg. Virksomheten, K-Art AS, hadde en ordning hvor det ble betalt en fast sum på kr. 1 904,- per døgn for ekstravakter, og arbeidstakerne fikk utbetalt denne som kompensasjon for ekstravaktene. Flertallet begrunner ikke dette direkte, men retten må ha vurdert det slik at arbeidstakers krav kun omfattet virksomhetens ordning for overtidsgodtgjørelse.

Det virker overraskende at lagmannsretten ikke vurderer om ordningen med fast kompensasjon tilfredsstiller tidl. aml. kapittel X, når dette er påberopt fra arbeidstakersiden. Dersom den arbeidstidsordningen for ekstravakter er i strid med lovens regler om 40 % lønnstillegg, skal arbeidstidsordningen settes til side. Ordningen med en fast sum på kr. 1 904,- per døgn er lavere enn beregningen basert på lovens regel, som utgjorde kr. 2 233,-. Selv om overtidsarbeidet ble utført frivillig, må arbeidet ha blitt utført i forståelse med

arbeidsgiver, jfr. Rt.1998s.1357.⁸⁰ Vilkårene for overtidsgodtgjørelse synes dermed å være tilstede.

Slik som for pengekrav forøvrig foreldes fordringen i utgangspunktet etter tre år, jfr. foreldelsesloven § 3. Selv om kravet ikke er foreldet, kan det likevel gå tapt etter de ulovfestede reglene om rettstap ved passivitet. Det må foretas en konkret vurdering, der det legges stor vekt på at aml. er en vernelov for arbeidstaker. Det skal som utgangspunkt svært mye til før en slik fordring går tapt. I LH-2007-191174 førte anførselen om passivitet ikke fram, her var timelister levert opp til et år for sent. Det ble lagt vekt på at virksomheten var kjent med overtidsbestemmelsene, mens dette ikke var tilfelle for arbeidstaker. I TVI-FOLL-2005-173094 ble resultatet det motsatte. Arbeidsgiver fikk ikke medhold i at det var inngått en skriftlig avtale om gjennomsnittsberegning av overtid, og to polske arbeidstakere hadde derfor i utgangspunktet krav på overtidsgodtgjørelse. Retten la vekt på at overtidsbetaling ikke hadde vært tema mens arbeidsforholdet besto og, selv om arbeidsgiver kunne klandres for ikke å ha oversikt over regelverket, hadde han ikke hatt til hensikt å frata arbeidstakerne rettigheter. Det offentlige hensynet å motvirke bruken av overtid, spilte en mindre rolle i saken. Kravet ble av retten ansett som bortfalt grunnet passivitet, da det ble fremsatt tre måneder etter arbeidsforholdets opphør.

4 Departementets brev av 20.12.2007, høring om endringer i aml. § 10-12 (2)

4.1 Forslag til endringer

Som tidligere nevnt, ble det i Ot.prp.(2004-2005)nr.49 uttrykt bekymring over hvordan unntaksbestemmelsene i § 10-12 (1) og (2) har blitt praktisert. Regjeringen Stoltenberg II,

⁸⁰ Se ovenfor

satte som følge av dette i gang en undersøkelse for å få kartlagt hvordan unntaksbestemmelsene anvendes i praksis.⁸¹ På grunnlag av resultatene fra undersøkelsen, foreligger det nå et utkast til ny § 10-12 (2).

Som tidligere nevnt viser resultatene fra undersøkelsen at, selv om et mindre antall arbeidstakere unntas fra loven enn tidligere undersøkelser har vist, er det fortsatt et større antall enn hva som er forenlig med lovgivers intensjon. Dette lovforslaget har i likhet med tidligere arbeidervernlover til formål å begrense bruken av overtid, men samtidig ivareta virksomhetenes behov for fleksibilitet. Departementet viser til tidligere forarbeider⁸², hvor det sies at *intensjonen om redusert bruk av overtid ligger fast og at regelverket må sikre dette, både når det gjelder avgrensningen i volum på overtiden og i forhold til å begrense andelen som skal unntas fra bestemmelsene.*

Det foreslås to alternativer til ny § 10-12 (2), og to alternative overgangsordninger. For begge alternativer, skal ”særlig uavhengig stilling” omfatte den samme gruppen arbeidstakere som tidligere. Videre kan arbeidsgiver fortsatt ikke avtale seg bort i fra bestemmelsene som sikrer en forsvarlig arbeidstidsordning, jfr. § 10-2 (1), (2) og (4).

Det første alternativet forslaget er å innføre et vilkår om skriftlig avtale. Det vil si at arbeidstakere med særlig uavhengig stilling, i utgangspunktet er omfattet at bestemmelsene om overtid, men kan avtale unntak.

Det andre alternativet til endring er mindre inngripende, men mer komplisert utformet. Alternativet innebærer at arbeidstaker i særlig uavhengig stilling automatisk skal være unntatt fra enkelte bestemmelser i arbeidstidskapittelet. Departementet foreslår § 10-6 (1) og (4), § 10-10 og § 10-11, men åpner for innspill fra høringsinstansene. Skal arbeidstakeren unntas fra ytterligere bestemmelser i kapittelet om arbeidstid, krever dette en skriftlig avtale.

⁸¹ Ot.prp.nr.24(2005-2006)pkt.6.5.3.

⁸² Innst.O.nr.18(2005-2006)

§ 10-6 (1) legger en materiell begrensning på når arbeidstakeren kan pålegges arbeidstid, det stilles krav til et ”særlig og tidsavgrenset behov”, og (4) setter begrensninger for mengden overtid per uke, måned og år. § 10-10 legger begrensninger på søndagsarbeid og § 10-11 på nattarbeid. Dette innebærer at den særlig uavhengige arbeidstakeren for eksempel ikke unntas fra maksimum grensen på 200 timer overtid per år, slik at denne skal gjelde selv om begrensningen mht. til antallet timer per dag, uke og måned ikke gjelder. Videre vil den særlig uavhengige ha krav på overtidsgodtgjørelse på 40 % i tillegg til alminnelig lønn, jfr. § 10-6 (11).

Det foreslås å innføre en overgangsordning, slik at de som omfattes av forslaget skal gis en mulighet til å tilpasse seg den nye ordningen. Det foreslås følgende to varianter:

Det første alternativet er å la de nye bestemmelsene få anvendelse på allerede inngåtte avtaler først etter fem år. *Det andre alternativet* er at lovendringen ikke vil få anvendelse på allerede inngåtte avtaler, men kun på fremtidige. Dette er forøvrig de samme overgangsordningene som ble foreslått i Ot.prp.(2004-2005)nr.49, men som mistet sin betydning da avtalevilkåret ble reversert i endringsloven av 21.12.2005.

4.2 Vurdering av høringen

4.2.1 Generelt

Arbeidstidsbestemmelsene har vært endret flere ganger tidligere, og ved hver lovendring har problemene rundt praktiseringen av unntaksbestemmelsene blitt omtalt.

Problemstillingen står sentralt i den aktuelle høringen, men nå foreligger det bedre data som også bekrefter de bekymringene man har hatt lenge. Undersøkelsen gir også et bedre grunnlag for å vurdere bakgrunnen for at flere arbeidstakere er unntatt fra arbeidstidsbestemmelsene enn hva som var lovgivers intensjon. Det kan synes som om departementet ikke benytter de erfaringene man har gjort seg, og de resultatene man har

funnet, da de mener forslaget til ny bestemmelse vil gi et tilstrekkelig incentiv for partene i arbeidslivet til å gjennomgå og endre praksis. Mye kan derfor tyde på at forvirringen rundt, og den uriktige praktiseringen av, aml. § 10-12 vil fortsette selv etter lovendringen har trådt i kraft.

Det kommer fram i undersøkelsen fra SENTIO at mye av bakgrunnen for feilpraktiseringen av § 10-12 (1) og (2) skyldes kunnskapsmangel.⁸³ Arbeidsmiljøloven er en lov som i stor utstrekning benyttes av aktører som ikke har juridisk bakgrunn, og arbeidstidskapittelet er antagelig den del av loven som er vanskeligst å forstå. For å kunne fastslå innholdet av begrepet ”særlig uavhengig stilling”, for slik å kunne anvende det i praksis, er det nødvendig å ha kjennskap til forarbeider fra flere år tilbake.

Det er heller ikke alltid nødvendigvis slik at det foreligger kunnskapsmangel på begge sider av avtaleforholdet. Store virksomheter har juridiske rådgivere, og mange har lang tradisjon med en praksis der det skjer brudd på reglene. Arbeidstakeren kjenner regelmessig ikke til sine rettigheter vedrørende arbeidstid, og er ofte heller ikke i en posisjon der det er enkelt å skulle kreve bestemmelsene håndhevet dersom han eller hun var kjent med dem. Det forekommer nok helt klart situasjoner der arbeidsgiver utnytter sin situasjon, samt arbeidstakers uvitenhet, for å oppnå økonomisk gevinst for virksomheten. Se mer om den reelle forhandlingssituasjon under punkt 4.2.2.2.

De arbeidstakerne som uriktig er omfattet av § 10-12 (2) er ofte høyt utdannede arbeidstakere som har ambisjoner om forfremmelse innen virksomheten. De har ikke per nå en stilling som ledende eller særlig uavhengig, men de arbeider for en slik stilling i det øvre ledersjikt. For å stige i gradene er det viktig å overbevise overordnende med engasjement og ved å vise lojalitet, for slik å vinne den nødvendige tillitt. En arbeidstaker som krever tilleggsgodtgjørelse for overtid, eller velger å dra hjem fra arbeidsplassen selv om han eller hun ser at mye arbeid gjenstår, blir lett oppfattet som en med feil innstilling og som

⁸³ SENTIO del III, oppsummering.

arbeidsgiver ikke ønsker å satse på. I enkelte bransjer, må man også være forsiktig med å pådra seg ”et rykte”. Det å bli stemplet som ”bråkmaker”, kan ikke bare hindre avansmuligheter innad i vedkommende virksomhet, det kan hindre arbeidsmuligheter også andre steder. Det er viktig å se dette i sammenheng med et av hovedhensynene i arbeidsmiljøloven, vernet av arbeidstakers helse og sikkerhet. Slike arbeidstakere står i en situasjon der de er lette å utnytte, og på sikt også kan stå i fare for å bli utbrent. Arbeidstakerne må til en viss grad beskyttes mot seg selv. Der det kan slås fast at arbeidstaker har arbeidet langt utover lovens rammer, kan dette i seg selv tyde på at arbeidsforholdene ikke er forsvarlige.

En ”særlig uavhengig stilling” er et positivt ladet begrep, og de fleste arbeidstakere takker gjerne ja til et tilbud om stillingen og ser på det som et avansement. Månedslønnen er høyere enn den arbeidstaker tidligere har mottatt, og at overtidsgodtgjørelsen nå skal være ”innbakt” dveler man kanskje ikke ved. Da konsekvensene av dette oppdages senere, kan frykt for negative reaksjoner fra arbeidsgiver føre til at man er redd for å ta det opp.

Som nevnt overfor under punkt 2.1.1, har tema en side til likestillingspolitikken. Det at bestemmelsen anvendes for vidt i praksis, kan medføre at kvinner unnlater å søke på stillinger de ellers ville søkt på. Dette hindrer også rekrutteringen av kvinnelige ledere, ved at kvinner ikke blir stimulert til å ta stillinger på et høyere nivå.⁸⁴

4.2.2 Vurdering av forslaget

Jeg vurderer begge forslagene først samlet. I begge alternativene foreslås det å innføre et krav om skriftlig avtale, og har den samme begrunnelsen mht. dette. De litt spesielle problemene som oppstår ved alternativ 2, vurderer jeg under punkt 4.2.3.

⁸⁴ Høringsuttalelse fra Likestillings og Diskrimineringsombudet

4.2.2.1 Begrepet ”særlig uavhengig stilling”

Ingen av de alternative forslagene til lovendring tar sikte på å klargjøre begrepet ”særlig uavhengig stilling”. Dette er litt overraskende, da undersøkelsen legger til grunn at hovedproblemet er knyttet til forvirring rundt begrepets innhold.⁸⁵ Det argumenteres med at man ikke uttømmende kan liste opp relevante kriterier. Dette er vanskelig siden det dreier seg om en lite ensartet gruppe, og man må ta høyde for en utvikling i teknologi og arbeidsmetoder man vanskelig kan forutse i dag. Det er likevel tilsynelatende enighet om at enkelte kriterier skal legges til grunn, og hvilke momenter som fører til at arbeidstaker helt klart faller utenfor. En nærmere presisering og klargjøring, er etter dette ikke så komplisert som departementet hevder. For at bestemmelsen skal fungere i praksis, og etter sin hensikt, er partene i arbeidslivet helt klart avhengig av en klargjøring og en eksemplifisering. Det kan også anføres at man i dag har bedre forutsetninger for å forutse den framtidige samfunnsutviklingen, enn det som var tilfellet på 1960- og 70-tallet.

Departementet ønsker ikke med lovendringen at en større eller snevrere krets med arbeidstakere skal omfattes av betegnelsen ”særlig uavhengig stilling”. I flere av høringsuttalelsene til lovforslaget syntes det enighet om at det er hensiktsmessig å unnta enkelte arbeidstakere fra arbeidstidsbestemmelsene. Rent prinsipielt kan man sette spørsmålstegn ved om det er riktig å gjøre situasjonen vanskeligere for de arbeidstakerne som reelt sett er ”særlig uavhengige”, når formålet med lovendringen er å verne de arbeidstakerne som ikke skulle vært unntatt etter § 10-12 (2).

Det er fordeler og ulemper knyttet til det å skulle definere eller eksemplifisere begrepet i selve lovteksten. En definisjon vil gi partene i arbeidslivet et fast utgangspunkt det er enklere å ta utgangspunkt i. Slik oppnår man mindre forvirring, og kan samtidig bedre forståelsen av begrepet. En definisjon kunne eksempelvis bygge på forarbeiders vurdering av hvem begrepet skal omfatte; *arbeidstakere som selv prioriterer sine oppgaver. De bestemmer selv hva de skal gjøre, hva som skal delegeres til andre, når arbeidet skal gjøres*

⁸⁵ SENTIO del III, oppsummering.

*og hvordan arbeidet skal utføres.*⁸⁶ Som nevnt er det å skulle gi en presis definisjon vanskelig grunnet gruppen arbeidstakere og samfunnsutviklingen. Vi har allerede sett dette by på vanskeligheter tidligere, jfr. punkt 3.3.3.3 og 3.3.3.4. Ved å formulere en definisjon, kan rettstilstanden bli fastlåst, og det foreligger videre en fare for at det i praksis legges annet ordlyden enn det som var intensjonen. En definisjon blir videre nødvendigvis vag og vid, slik at uklarhetene rundt hvem som skal omfattes av unntaket fortsatt vil forekomme. Slik rettstilstanden er i dag, og selv med kjennskap til forarbeider, er uttalelsene så vage at det er vanskelig å avgjøre om stillinger skal omfattes av unntaket.

Siden det er vanskelig å avgjøre om enkelte stillinger er særlig uavhengige, uttrykkes det i enkelte høringsuttalelser⁸⁷ et ønske om at bestemte stillingsbetegnelser tas inn i lovverket. Eksempler som går igjen er forskere, kunstnere og professorer. Dette kan imidlertid være uheldig, siden det i praksis er en tendens til at stillingens arbeidsoppgaver ikke samsvarer med tittelen eller at arbeidstakere unntas fra arbeidstidsbestemmelsene basert på sin formelle begrunnelse alene. Kjernen i drøftelsen er at vurderingen av de reelle arbeidsoppgaver og det reelle ansvar skal være konkret. Tar man stillingsbetegnelser inn i lovverket, vil man få mange av de samme problemstillingene som er tilfelle for ”leder”-betegnelsen i dag, se punkt 3.3.2.

Med denne begrunnelsen, kan det være hensiktsmessig å legge til en setning i (2) der det nevnes enkelte momenter som skal vektlegges, og/eller eksempler på tilfelle som skal falle utenfor.

Et annet forslag til endring, kunne være å bytte ut ”særlig uavhengig stilling” med et begrep som er mer beskrivende for stillingens innhold. Dette vil tilfredsstille partenes behov for veiledning om hva arbeidstaker skal være særlig uavhengig av. Den gir også et tydeligere signal om at det må skje en endring.

⁸⁶ Ot.prp.nr.49(2004-2005)pkt.13.12.2, jfr. NHOs høringsuttalelse.

⁸⁷ F.eks. Norges Veterinærhøyskole, Norsk Handelshøyskole, SINTEF, samt flere høyskoler.

Et godt utgangspunkt kunne vært et begrep som ligger nærmere opp mot uttrykket benyttet i EUs arbeidstidsdirektiv art. 17 (1) a); ”arbeidstaker med uavhengig beslutningsmyndighet”. Denne formuleringen sier noe mer om hva uavhengigheten bør knyttes til, og er mer beskrivende for den drøftelsen som skal foretas. Praksis kan vurderes slik at stillingens uavhengighet skal knyttes til arbeidstakers adgang til å fatte beslutninger om sin egen arbeidssituasjon. Å ta inn dette uttrykket i lovteksten forutsetter imidlertid en nærmere undersøkelse av praksisen i EU og EØS-land. Forholdet til EU-retten er redegjort for under punkt 3.4.

4.2.2.2 Krav om skriftlig avtale

I begge forslagene innføres det et vilkår om skriftlig avtale, slik at den nye bestemmelsen vil få motsatt utgangspunkt fra den forrige. Departementet ønsker med dette å gi et incentiv for arbeidsgiver til gjennomgang av de aktuelle stillingene, og å styrke arbeidstakers forhandlingsmuligheter ved ansettelse. Dette kan innebære et steg i riktig retning, men ikke tilstrekkelig til å hindre den uriktige praksisen i å fortsette.

Det kan settes spørsmålstegn ved om arbeidstaker med dette er sikret reelle forhandlinger. Arbeidstaker er den svake part i avtaleforholdet, og situasjonen kan lett bli den at arbeidsgiver legger fram en standardavtale som arbeidstakeren undertegner. En liknende situasjon er der arbeidsgiver på forhånd har definert stillingen, og arbeidstaker sitter med små forutsetninger til å vurdere om det er korrekt. Rettspraksis og praksis fra direktoratet, har også vist at det ikke alltid er samsvar mellom stillingsbetegnelse/stillingsinstruks, og arbeidstakerens faktiske arbeidssituasjon. Siden det kreves en konkret vurdering, kan det vet ansettelsen være vanskelig å vurdere stillingens omfang, og arbeidstaker mulighet til å vurdere stillingen blir desto dårligere.

Hvilken reell forhandlingsposisjon arbeidstaker har, vil bero på arbeidstakers kompetanse, hvordan arbeidsmarkedet er, samt hvor mange kvalifiserte søkere det er til stillingen.⁸⁸

⁸⁸ Høringsuttalelse fra Juridisk Rådgivning for Kvinner

Mange av de aktuelle arbeidstakerne har likevel ikke en så svak posisjon som mange av høringsuttalelsene syntes å legge opp til. Undersøkelsen viser at mange av arbeidstakerne som er unntatt etter § 10-12, er resurssterke arbeidstakere med høyere utdanning. Ved ansettelse er det ikke så uvanlig at disse arbeidstakerne forhandler på lønn. Dette skjer ofte etter at stillingen er tilbudt og akseptert, og før arbeidsavtalen undertegnes, slik at arbeidsgivers tilbud ikke uten videre kan trekkes tilbake.

Det er vanskelig å kunne slå fast hva konsekvensen av et skriftlighetskrav vil være. Det som helt klart er positivt med forslaget er at det kan lette bevisvurderingen av stillingens innhold. Dersom en arbeidstaker ikke mottar overtidsgodtgjørelse, og ikke har skriftlig arbeidsavtale, vil han eller hun alltid kunne kreve dette.

Departementet mener at forslagene vil gi økt fleksibilitet, siden det er opp til partene å bestemme hvilke av arbeidstidsbestemmelsene det er mest hensiktsmessig at skal gjelde.

Jeg vil først påpeke, at denne muligheten har de også etter gjeldende rett. Det følger av at loven er preseptorisk til arbeidstakers gunst. Som nevnt under punkt 3.6, står partene derfor fritt til å avtale en bedre ordning for arbeidstaker, og reglene i kapittel 10 er vedtatt hovedsakelig for å gi arbeidstaker et bedre vern.

Et motsatt utgangspunkt kan nok i enkelte tilfelle medføre at partene i noen grad overveier om arbeidstidsbestemmelsene er hensiktsmessige for det aktuelle arbeidsforhold. Lovgiver ønsker med dette å gi partene et incitament og et bidrag til å bevisstgjøre seg om reglementet. Mye kan tyde på at lovforslaget ikke vil få noen praktiske konsekvenser. Problemet er at aktørenes kunnskapsnivå ikke blir bedre med dette lovforslaget, og følgen blir antagelig at arbeidstaker unntas fra alle bestemmelsene om arbeidstid. Kunnskapsnivået er videre bedre på arbeidsgiversiden. Dersom det ikke innføres noen informasjons- eller drøftelsesplikt, blir situasjonen fort den samme som vi har etter gjeldende rett. Kanskje med tillegg av administrative kostnader for virksomhetene.

Skal man sikre at loven etterleves, er man avhengig av mekanismer for å sikre informasjon og kontroll. Et alternativ er å innføre saksbehandlingsregler for drøfting og informasjon/opplysning. Et annet alternativ er et krav om at det føres en oversikt over hvilke ansatte som er unntatt fra arbeidstidsbestemmelsene, og hvorfor. Partene må også ha muligheten til å kunne henvende seg til en uavhengig instans som kan gi en uttalelse og fatte vedtak. Mer om behovet for en uavhengig kontrollinstans nedenfor under punkt 4.2.5.

Enkelte av høringsinstansene er bekymret over hvilke konsekvenser lovendringen kan få i et internasjonalt perspektiv. Selv om de praktiske konsekvensene av lovforslaget ikke vil være så store, kan det gi en signaleffekt internasjonalt som kan virke uheldig. Arbeidsrettbestemmelsene kan framstå som hemmende, og virksomheter kan velge å satse i et annet land. Det er mulig at disse bekymringene er overdrevne, men det er likevel noe det er nødvendig å vurdere før bestemmelsen vedtas.

4.2.2.3 Forholdet til § 10-12 (1), "ledende stilling"

Høringen forslår ingen endringer i § 10-12 (1), unntaket for "ledende stillinger", og begrunner dette med at arbeidstidsbestemmelsene vil være u hensiktsmessige å anvende. Dette er også begrunnelsen for å unnta arbeidstakere med "særlig uavhengige stillinger", og det er vanskelig å forstå departementets begrunnelse for ikke å inkludere ledende stillinger i høringsnotatet. Det drøftes heller ikke følgene av å operere med ulike vilkår for ledende og særlig uavhengige stillinger. Undersøkelsen bemerker en tendens til at lederbegrepet blir anvendt for vidt i praksis. Ved innføringen av strengere vilkår for å unnta arbeidstakere etter (2), kommer denne tendensen bare til å forsterkes. Som jeg var inne på under punkt 1.2 og 3.3.2, er det er nødvendig å se (1) og (2) i sammenheng. Det virker forvirrende, og det er vanskelig å se noen begrunnelse for at det bør opereres med forskjellige vilkår her. Lederstillinger vil regelmessig ha utfyllende arbeidsavtaler likevel, slik at et skille framstår som inkonsekvent og dårlig begrunnet.

Noe departementet kunne se på i denne sammenheng, er om § 10-12 (1) burde innsnevres til kun å omfatte øverste leder, jfr. § 15-16. Slik vil man ha veiledende praksis for hvem

som bør omfattes av denne, og man kan i større grad hindre den ”forskyvningen” som man ser i dag. Man vil også oppnå et skarpere skille til unntaket i (2).

4.2.3 Spesielt om alternativ 2

Som nevnt ovenfor, vil nok den praktiske forskjellen mellom alternativ 1 og 2 ikke bli så stor. Departementet foreslår å automatisk unnta arbeidstaker fra enkelte bestemmelser som er uhensiktsmessige å anvende. Rettspraksis og praksis fra Direktoratet for Arbeidstilsynet viser likevel at tvistene hovedsakelig springer ut av uenigheter om lønn, herunder krav på overtidsgodtgjørelse. § 10-6 (11) er ikke unntatt i forslaget, slik at her vil man ha mange av de samme tvistene og problemstillingene som tidligere.

Arbeidstidskapitlet er videre komplisert utformet, og det er nær sammenheng mellom mange av bestemmelsene. Dersom arbeidstakeren automatisk skal unntas fra noen av bestemmelsene, men ikke andre, kan det bli uklart hva som egentlig skal gjelde. Siden det nå er opp til partene selv å vurdere hvilke bestemmelser som skal anvendes, kan dette medføre ytterligere tolkningsproblemer.

Et viktig hensyn ved utformingen av arbeidsmiljøloven, er hensynet til klare og tydelige regler. Alternativ 2 framstår som komplisert og vanskelig å få oversikt over, selv for en med kjennskap til tema. Dette fremgår også i flere av høringsuttalelsene til høringsnotatet.⁸⁹

Videre unntas ikke den særlig uavhengige arbeidstaker fra § 10-6 (4), som setter en øvre grense på 200 timer overtid i året. For mange særlig uavhengig stillinger vil det ved et datasystem enkelt kunne registreres antallet timer arbeidstakeren arbeider. Noe av forutsetningen for å unnta arbeidstakeren fra arbeidstidsbestemmelsene, er imidlertid at en slik tidsregistrering for mange vil være uhensiktsmessig og upraktisk.⁹⁰ Arbeidsgiver har

⁸⁹ F.eks. Kommunenes Sentralforbund og Lederne.

⁹⁰ Ot.prp.nr.41(1975-76)kap V pkt. 5 og Ot.prp.nr.49(2004-2005)pkt.13.12.2.

liten mulighet til å kontrollere disse listene, da slike arbeidstakere i stor utstrekning selv vurderer behovet for arbeid. Det ansvaret for kontroll arbeidstakers overtidstimer som arbeidsgiver pålegges, kan derfor bli vanskelig å gjennomføre i enkelte arbeidsforhold. Skille mellom arbeid og fritid er også flytende for denne gruppen arbeidstakere, som i stor utstrekning benytter fjernarbeid og må være tilgjengelig til enhver tid. Se mer om dette under punkt 3.3.3.3 ovenfor.

4.2.4 Vurdering av overgangsordningen

Som nevnt ovenfor, foreslås det to alternative overgangsordninger. Det foreligger ingen konkrete forslag til ordlyd. Behovet for overgangsordning forutsetter en materiell endring av rettstilstanden. Selve gruppen arbeidstakere som skal omfattes av unntaket for særlig uavhengig stilling endres ikke med lovforslaget, men rettstilstanden for dem blir endret. Alternativ 1 innebærer at situasjonen blir snudd på hodet, slik at partene må inngå en skriftlig tilleggsavtale dersom arbeidstaker fortsatt skal være unntatt fra arbeidstidsbestemmelsene. Når det gjelder alternativ 2, må partene på samme måte inngå en skriftlig tilleggsavtale dersom de ønsker å unnta arbeidstaker fra ytterligere bestemmelser enn de som står nevnt.⁹¹

Det kan synes som enkelte av høringsuttalelsene har tolket overgangsordningen slik at den også omfatter de arbeidstakerne som uriktig er definert om særlig uavhengige. Dette kan være fordi høringen bl.a. har til formål å begrense ulovlig bruk av overtid for denne gruppen. For disse arbeidstakerne består rettstilstanden imidlertid uendret. Dersom arbeidsgiveren på det nåværende tidspunkt har en ulovlig praksis med unntak fra arbeidstidsbestemmelsene, blir ikke disse arbeidsavtalene vernet med overgangsordningen. Denne praksisen vil fortsatt være ulovlig etter lovendringen har trådt i kraft.

Siden lovendringen vil medføre en materiell endring av rettstilstanden, foreligger det som nevnt et behov for en overgangsperiode for å tilpasse arbeidsavtalene. Begge alternative

⁹¹ § 10-6 (1) (4), § 10-10, § 10-11.

lovendringene innebærer at partene kan avtale hvilke bestemmelser i kapittel 10 som skal komme til anvendelse på arbeidsforholdet.⁹² Det er derfor rimelig å gi partene noe tid til å gjennomgå arbeidsavtalene og drøfte hvilke bestemmelser det er hensiktsmessig at arbeidstaker unntas fra. Mest sentralt er her § 10-6(11) som hjemler kravet om 40 % overtidstillegg. For begge alternativene kreves det at unntak fra bestemmelsen skjer skriftlig. Uten en overgangsperiode kunne dette blitt problematisk.

Den samme problematikken ble redegjort for under punkt 3.6.2 om kravets størrelse. Det er svært komplisert, og det er vanskelig å gi noe fasitsvar på, hvordan man skal beregne den ”egentlige” grunnlønnen der overtidsgodtgjørelsen er ”innbakt”. Det ligger utenfor arbeidsgivers styringsrett og ensidig endre arbeidsavtalen uten arbeidstakers samtykke, og partene er avhengige av å komme til enighet. Partene må derfor gis noe tid til å tilpasse arbeidsavtalen, ettersom § 10-6(11) nå i utgangspunktet vil komme til anvendelse.

Dette kan imidlertid gjøres enkelt, ved at det formuleres et vedlegg til arbeidsavtalen om unntak fra kapittel 10, som begge parter undertegner. Selv om det foreligger et behov for overgangsordning, er det likevel vanskelig å se behovet for en frist på fem år. Dersom partene ikke ønsker å unnta arbeidstakeren fra alle bestemmelsene i kapittel 10, kan det være behov for en periode til å drøfte hvilke bestemmelser som kan være aktuelle.

Arbeidstidsbestemmelsene er ofte gjenstand for endringer, og virksomhetene kan tenkes å vente til siste liten med å gjennomgå arbeidsavtalene likevel. Et annet poeng er at en frist på fem år medfører at det kan ha funnet sted et regjeringsskifte før overgangsordningen har trådt i kraft, noe som gir virksomhetene all grunn til å avvende gjennomgangen.

Det står nevnt i høringen at arbeidstakere med særlig uavhengig stilling sjelden er i stillingen så lenge som fem år, slik at de to forslagene i praksis vil være like hensiktsmessige. Skal lovendringen medføre at virksomhetene foretar den gjennomgang av arbeidsavtalene som lovgiver ønsker, må det ikke vedtas en overgangsordning som hindrer

⁹² Med unntak av § 10-2 (1) (2) (4).

bestemmelsen i å ha effekt på bestående arbeidsavtaler. Overgangsordningen kan derfor ikke settes til lengre enn to år.

For begge alternative overgangsordninger, vil man i en periode få to ”konkurrerende arbeidstidsregimer” som kan virke uoversiktlige. I flere av høringsuttalelsene, uttrykkes det bekymring for at dette kan gi grobunn for konflikter innad i virksomheten. Virksomheten vil ha to typer ”særlig uavhengige stillinger”, hvor den ene mottar overtidsgodtgjørelse og den andre ikke gjør det. Innad i mange virksomheter i dag, foreligger det allerede arbeidsavtaler med forskjellige vilkår og frynsegoder. Det er derfor uklart i hvilken grad dette vil medføre et økt konfliktnivå.

4.2.5 Direktoratet for Arbeidstilsynets vedtakskompetanse, behovet for en uavhengig kontrollinstans

Direktoratet for Arbeidstilsynet hadde tvisteløsningsmyndighet etter 1977-loven, men etter 2006 har direktoratet kun en veiledende rolle, jfr. § 18-1. Det innebærer at de kan ta prejuridisielle avgjørelser ved eventuelle pålegg, der det er tvist om arbeidstakeren skal omfattes av arbeidstidsbestemmelsene. En slik sak ble likevel avvist hos direktoratet nylig, og sakene blir ikke prioritert. Den eneste mulighet for tvisteløsning blir da de ordinære domstoler, jfr. § 17-1. For saker vedrørende arbeidsrett generelt, er terskelen høy for den enkelte arbeidstaker å gå til sak. Å gå til domstolene når arbeidsforholdet fortsatt består, er stort sett alltid upraktisk og urealistisk.

Skal § 10-12 (2) kunne overholdes i praksis, må partene må gis en reell mulighet til å hevde sin rett. Det må videre føres nøyere kontroll med den praksisen som skjer. Arbeidstilsynet bør derfor få sin vedtakskompetanse tilbake, eventuelt kan tvisteløsningsnemda tillegges en slik kompetanse, jfr. § 17-2, jfr. § 10-13. Tvisteløsningsnemda ble opprettet i 2005-loven, og erstattet tidligere særnemder. Den erstattet arbeidstilsynets vedtaksmyndighet i kapittel 10, og skulle gi *rimeligere, raskere og mer spesialisert behandling av konflikter*,⁹³ med

⁹³ Ot.prp.nr.49(2004-2005)pkt. 23.2.4.

klagerett etter forvaltningslovens regler. Vedtaksmyndighet etter § 10-12, ble imidlertid ikke videreført.⁹⁴

Det er videre nødvendig med veiledende praksis. Direktoratet har ikke overveldende mange saker om tema fra den perioden de hadde vedtakskompetanse, men de sakene som foreligger gir god veiledning til fastleggingen av begrepet. Forarbeider har få konkrete eksempler, og ingen siden 1990-tallet, slik at direktoratets avgjørelser får større betydning for vurderingen. Alle avgjørelsene er videre fra før 2006 slik at, med unntak av noen få underrettsdommer, har vi ingen konkrete saker som kan belyse hvordan bestemmelsen har fungert etter lovendringen. Alle underrettsdommene tolker § 41, men de benytter etterarbeider til loven, dvs. forarbeider til 2005-loven.

5 Avsluttende bemerkninger

Formålet med oppgaven var å kartlegge hvilke arbeidstakere som er omfattet av unntaket fra arbeidstidsbestemmelsene for ”særlig uavhengig stilling”. Da unntaket for særlig selvstendig stilling først ble tatt inn i 1977-loven, var den beregnet på overordnede arbeidstakere som kunne kontrollere sin egen arbeidstid. Den etterfølgende samfunnsutviklingen synes å ha endret hovedfokuset i vurderingen fra kontroll av egen arbeidstid, til å avdekke i hvilken grad ansvarsområder og arbeidsoppgaver blir kontrollert av andre. En særlig uavhengig arbeidstaker synes å måtte ha en viss uavhengig beslutningsmyndighet, og som følge av denne ha kontroll over sin egen arbeidssituasjon, herunder arbeidstid. Denne beslutningsmyndigheten må ikke knyttes utelukkende til faglig kyndighet. Noen avgjørelser fra arbeidstilsynet synes så strenge mht. beslutningsmyndighet, at man kan sette spørsmålstegn ved hvem som i det hele tatt omfattes av begrepet. Det kan også settes spørsmålstegn ved om det er uhensiktsmessig å ha muligheten til å kontrollere sin egen arbeidssituasjon som et så sentralt

⁹⁴ Arbeidsrett.no(2006) s.1113.

vurderingskriterium. Flertallet av arbeidstakere med denne typen stillinger har så krevende arbeidsoppgaver at de har små muligheter til å selv disponere egen arbeidsuke.

Ulike avgjørelser vurderer også ulikt hvilke momenter som skal trekkes fram som mest tungtveiende. Det kan synes å foreligge en liten tendens i retning av at rettspraksis fokuserer mer på kontroll av arbeidstid, mens arbeidstilsynet fokuserer mer på uavhengighet mht. arbeidsoppgavene og trekker arbeidstiden inn som avgjørende i grensetilfellene. Et likhetstrekk er likevel at det foretas en totalvurdering, hvor de samme momentene vektlegges. I de fleste avgjørelser der en arbeidstaker blir ansett som særlig uavhengig, ligger avgjørelsen på grensen oppad mot ledende stilling. Man kan ved enkelte avgjørelser sette spørsmålstegn ved om det i det hele tatt er behov for unntaket for særlig uavhengig stilling, når det er så uklart og skal tolkes så strengt. En for streng tolkning av begrepet kan medføre at unntaket blir for upraktisk og mister mye av sin betydning.

Mye tyder på at bestemmelsen blir mye misbrukt i praksis, og i enkelte bransjer foreligger det en lang og fast praksis med brudd på arbeidstidsbestemmelsene. Ofte brytes reglen av uvitenhet fra virksomheters side, kunnskapsmangelen er stor og virksomhetene kjenner heller ikke alltid til hvilke alternative fleksitidsordninger som allerede foreligger i lovverket. Man kan ikke se bort fra at nødvendig fleksibilitet kunne vært oppnådd, dersom flere virksomheter kjente til de muligheter som faktisk foreligger etter gjeldende rett.

Det nye lovforslaget kommer ikke i særlig grad til å dempe de problemene som foreligger, men forslaget synes å ha medført et økt fokus på problematikken. Lagmannsrettsdommen fra i vår, har også medført en økt diskusjon innad i fagforeningene. Nylig ble det også brudd i forhandlingene mellom Tekna og NHO, hvor dette var et av hovedpunktene det tvistes om. Revisorselskapet Ernst & Young er blitt politianmeldt for brudd på disse bestemmelsene, og man kan ikke se bort fra at flere virksomheter kommer til å bli anmeldt. Tema blir stadig mer aktuelt, og vil nok etter all sannsynlighet være et sentralt diskusjonstema framover.

6 Litteraturliste

Juridisk teori:

Dege, Jan Tormod *Arbeidsrett: rettigheter og plikter i arbeidsforhold*, Oslo, 2003

Fougner, Jan og Holo, Lars *Arbeidsmiljøloven: Lov av 17. juni 2005 nr.62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.: kommentarutgave*, Oslo, 2006.

Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*. 4. utg. Oslo, 2006.

Jakhelln, Henning og Aune, Helga m.fl. *Arbeidsrett.no*. 2. utgave, Oslo, 2006

Larsen, Per Arne *Arbeidsmiljøloven - kommentarer, praksis, veiledning*. 3. rev. Oslo, 2004

Forarbeider:

Innst.O.nr.18(2005-2006) Innstilling fra arbeids- og sosialkomiteen om lov om endringer i lov 17.6.2005nr.62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

Ot.prp.(1935)nr.31

Ot.prp.(1975-1976)nr.41 Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn mv. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø.

Ot.prp.(1993-1994)nr.50 Om lov om endringer i lov av 4.2.1977 nr.4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.

Ot.prp.(2004-2005)nr.49 Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

Ot.prp.(2005-2006)nr.24 Om lov om endringer i lov 17.6.2005nr.62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

NOU 1992:20 Arbeidsmiljøutvalget- gode arbeidsmiljø er lønnsomt for alle. Innstilling om endringer i lov av 4.2.1977 nr.4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.

NOU 2004:5 Arbeidslivsutvalget- et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.

Departementets brev av 20.12.2007, høring om endringer i aml. § 10-12 (2), med høringsuttalelser.

Lover

Lov om arbeidervern av 7.12.1956 (opphevet)

Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. 4.2.1977 nr.4 (opphevet)

Endringsloven av 16.1.1995 nr.2.

Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17.6.2005 nr. 62.

Lov om statens tjenestemenn m.m. av 4.3.1983 nr. 3.

Lov om ferie av 29.4.1988 nr. 21.

Lov om foreldelse av fordringer av 18.5.1979 nr. 18.

Lov om domstolene av 13.8.1915 nr. 5.

Lov om mekling og rettergang i sivile tvister av 17.6.2005.

Rettsavgjørelser:

TOSLO-2005-169978

TVI-FOLL-05-173094

LE-1991-232 (Tingrettsdom: Saksnr: A 495/88)

RG.1996s.1143 (Herredsrettensdommen: Saksnr. 95-717 M, avsagt. 17.11.1995)

LB-2006-44578

LB-2007-101453

LH-2007-191174

Rt.1998 s.1357

Rt. 2001s.418

Praksis fra Direktoratet for Arbeidstilsynet

Jnr.405/92 Økonomisjef ved sykehus

Jnr.7263/6769/92 Havariinspektør

Jnr.97/03392 Energiverk

Jnr.7643/92 P-A HJR Spesialrådgiver i ØKOKRIM

Jnr.98/01001 Kontorleder i kommunen
Jnr.98/3382 Kommunelege

Jnr.2007/4792, Brev av 30.3.2007 fra Arbeidstilsynet til Norges Ingeniør- og
Teknologiorganisasjon (NITO) Fortolkning av arbeidsmiljølovens § 10-12 første og annet
ledd.

Artikler og undersøkelser:

*Omfang og bruk av bestemmelsene om unntak fra reglene om arbeidstid i
arbeidsmiljøloven (2005), utredning av SENTIO AS for Arbeids- og
inkluderingsdepartementet.*

Overtid og helse skrevet av Ingrid Sivesind Mehlum i Arbeidstilsynet.

*The impact of overtime and long work hours on occupational injuries and illnesses: new
evidence from the United States Occup Environ Med 2005; 62. Dembe, A.E. m.fl.*

Direktiver og traktater

EFs Rådskdirektiv 2000/34/EF

Rådskdirektiv 1993/104/EF

Rådskdirektiv 2003/08/EF

Beslutning nr.45/2004 av 23.4.2004 om endringer i vedlegg XVIII i EØS-avtalen

7 Lister over tabeller og figurer m v